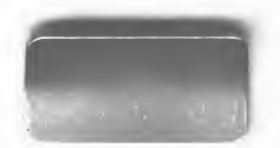


Biblioteca Ateneu Barcelonès
1005691903






Digitized by Google

CODIGOS

ó

ESTUDIOS FUNDAMENTALES

SOBRE

EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

CODIGOS

Ó

ESTUDIOS FUNDAMENTALES

SOBRE

EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

POR

EL DR. D. BENITO GUTIERREZ FERNANDEZ,

Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad Central y Abogado del Ilustre Colegio de esta Córte.

TOMO SEGUNDO.



MADRID:—1863.

Se vende en la librería de SANCHEZ, calle de Carretas, núm. 21.

MADRID: — 1863.

Imprenta de D. F. SANCHEZ, Plazuela del Conde de Miranda, núm. 5.

LIBRO SEGUNDO.

CAPITULO I.

DE LAS COSAS Y DE LOS DERECHOS.

§ INICIAL.

De las cosas en su acepcion jurídica.

En la division establecida por Justiniano las *cosas* ocupan el segundo objeto del derecho, cuya palabra ha sido consagrada por la ciencia; pues, como dice Ortolan, se presta fácilmente á las combinaciones del lenguaje jurídico. Las cosas, en cuanto constituian el patrimonio de los romanos, se llamaban *pecunia*.

Esta nomenclatura subsiste sin mas alteracion que un nombre: los escritores de derecho pátrio denominan *cosa* todo lo que puede prestar alguna utilidad al hombre, esté ó no en su patrimonio: y *bienes* todo lo que constituye parte de él; su caudal, su fortuna, su hacienda.

La palabra *bienes*, sin ser tan estensa como la de *cosa*, admite su generalidad, es de ley y está asimismo recibida por la ciencia: *Bonorum appellatio aut naturalis est aut civilis: naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse.....* (Ley 49, tít. XVI, lib. L).

Bienes son *llamados aquellas cosas de que los homes se sirven é se ayudan* (Proem. del tit. XVII, Part. II).

Por eso la regla 3.ª, tit. XXXIV, Part. VII, no enumera

entre los bienes á los que causan mas daño que provecho: *por quien viene á home mas dano que provecho.*

Bajo cualquiera de estas denominaciones, la palabra *cosa* comprende mas que los objetos materiales: *rei appellatione et causæ et jura continentur* (Ley 23, tít. y lib. citado), ó como dice la ley de Partida, aquello de que el hombre se *sirve* y se *ayuda.*

Fin y no causa del derecho, determinaba una distincion que ha sido justamente comprendida; el hombre sujeto de las relaciones jurídicas es *persona:* los objetos sobre que recaen son *cosas.* La regla es invariable: de esa diferencia no prescinde la ley, aunque mediante una ficcion, parezca atribuir cierta personalidad á efectos puramente materiales.

§ II.

Division de las cosas consideradas en sí mismas.

Artículo 1.°

Razon de método.

Antes que estudiar las cosas en relacion con las personas á quienes pertenecen, convendrá examinarlas en sí mismas ó bajo las condiciones que reunen para ser poseidas. Y en esta parte, si la division romana igual á la nuestra de Partidas, no es metódica, hay que conceder que es completa; analizándola como corresponde, realizaremos á la vez dos fines: suplir un vacío de nuestros códigos, satisfacer esta necesidad de una obra científica.

Nos cansaríamos en vano si quisiéramos entresacar y disponer en buen órden tal cual ley de nuestros códigos, con objeto de probar que hicieron ó que tuvieron en cuenta esta distincion. No siendo el legislador dueño de las diferencias naturales de las cosas, las recibió como las encontraba, pero no se cuidó de definirlas. El Fuero Juzgo y el Real, y todos los códigos completan la segunda parte del programa de Jus-

tiniano: *Del modo de adquirir la propiedad de las cosas.* Permítasenos asegurar que solo el de Partidas, tan científico como sus originales, realizaba la primera que trata: *de la division de las mismas.* Sea, pues, este el código que nos sirva de guia en estos preliminares.

ARTÍCULO 2.°

Division en cosas corporales é incorporales.

Esta division se halla iniciada en la ley 1.ª, tít. XXX, Partida III, que concede la posesion en las cosas corporales y establece una cuasi posesion en las incorporales, aplicando este nombre á las *servidumbres é los derechos porque demanda un home sus debdas, é las otras cosas que no son corporales semejantes destas.*

Ampliaremos esta indicacion con algunas ideas del derecho romano que le sirvió de orígen. Definió aquel derecho las cosas corporales: *quæ tangi possunt veluti fundus, homo* etc., incorporales, *quæ tangi non possunt, qualia sunt ea quæ in jure consistunt sicut hereditas, ususfructus,* etc. (§ 1.°, ley 1.ª, tit. VIII, lib. I, Dig.). Gayo, de quien está tomado este fragmento, dice: «no importa que la herencia tenga cosas corporales, que lo sean los frutos percibidos de un fundo, y aun lo que se nos deba por alguna obligacion: *nam ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi et fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est.*»

Convenimos con Ortolan en que si la distincion de las cosas en corporales é incorporales no es la que el método romano pone al frente de su clasificacion, debe de ser la primera, por que el órden lógico exige demostrar la generacion de las cosas antes de pasar á sus restantes divisiones. La palabra *cosa* estuvo al principio limitada á los objetos corpóreos, que pudiendo servir de alguna utilidad al hombre, constituian el objeto de un derecho. La presente division demuestra que los jurisconsultos incluyeron despues abstracciones y cosas de mera creacion jurídica. M. Blondeau, el autor de la *Chresto-*

mathia, critica esta nomenclatura, creyéndola por su vaguedad ocasionada á dudas y dificultades, pero él mismo reconoce que esta dificultad se ha salvado en parte limitando la palabra cosa á los objetos corpóreos, y llamando obligaciones, derechos, á los incorpóreos. Una vez analizada la significacion de las palabras, en lo cual no pudieron equivocarse los que tan precisos, los que tan exactos fueron en el uso de todas las jurídicas; cosas son los derechos que promueven la utilidad, cosas las obligaciones que constituyen la necesidad de darlas ó prestarlas. Por eso sin duda las legislaciones modernas conservan esa distincion, de lo cual es una prueba aun el Proyecto de Código, que si no la establece, la supone en el art. 1387.

Artículo 3.°

Cosas inmuebles, muebles y semovientes.

Tambien es de ley esta division establecida en Roma y continuada despues en todas partes. La 4.ª, tít. XXIX, Part. III, dice: *Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar á otro, é las que los omes pueden mover de un lugar á otro, asi como paños, ó libros, ó civera* (grano), *ó vino, ó olio, é todas las otras cosas semejantes destas; é las que se mueven por si naturalmente, son asi como los caballos, é los mulos, é las bestias, é ganados, é aves, é las otras cosas semejantes.* Las que no se hallen en ninguno de estos casos son inmuebles, podemos decir comprendiendo en una definicion negativa todos los objetos de que hablan otras leyes, singularmente la 28, 30 y 31 del tít. V, Part. V, que reservamos para esponerlas en el órden conveniente. No basta haber probado que esta division es legal, vamos á ver su fundamento y su utilidad práctica. *Inmuebles,* como lo denota la misma palabra, se llaman las cosas que no pueden moverse del lugar en que están sitas; *muebles,* las que se pueden mover ó trasportar de un sitio á otro, bien lo hagan por sí mismas, como los animales (cosas semovientes), bien por obra de los hombres, como los

vestidos y los frutos, que son los ejemplos citados por la ley. Ninguna division es mas necesaria, porque ninguna es mas cierta; nada hay aqui de imaginario y ficticio, como se ve que lo hay en las cosas corporales y no corporales. La verdad de la clasificacion se junta con su importancia, por eso sería paradójico decir que no formase en el derecho romano la base fundamental de las cosas. Ortolan, que lo afirma así en su generalizacion, refiriéndose al derecho francés, puede decirse que se rectifica espresando una série de casos que acreditan la necesidad de aquella division. Y lo que se dice de aquel derecho es aplicable al nuestro. Segun es diferente el concepto de las cosas, varía tambien el efecto que el derecho les atribuye. Por punto general, las cosas muebles, aunque existan naturalmente donde quiera, se tienen en derecho por existentes en el domicilio de su dueño, y se regirán por sus leyes; los bienes raices por el contrario son gobernados por la legislacion del lugar donde están sitos, y donde verdaderamente existen. Difieren asimismo los efectos legales sobre bienes muebles é inmuebles en materia de prescripciones, de hipotecas, de embargo y venta en los juicios ejecutivos, y de enajenacion cuando las cosas pertenecen á pupilos ó menores. La anterior doctrina de Febrero Reformado, se puede generalizar diciendo que esa diferencia se hace sentir en todos y cada uno de los actos verificados sobre dichos bienes, en la adquisicion, el uso, el traspaso y pérdida de los mismos.

Falta solo determinar con mas espresion que lo hace la ley, la clase de bienes que merecen uno ú otro concepto. Aunque no sea complétamente legal, es científica, y parece admisible la siguiente clasificacion propuesta por los autores: la hallamos hecha en la letra y en el espíritu de varias disposiciones patrias y romanas. Son inmuebles ciertas cosas *por naturaleza*, v. gr.: 1.°, las tierras y edificios; 2.°, las plantas y árboles mientras estén unidos á la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles ó plantas. De lo primero no hay duda: no en uno, sino en varios pasajes del Derecho Romano, se hallan clasificadas de inmuebles tales cosas, *res quæ soli sunt,*

ó *res soli*, siquiera admitan nombres particulares *prædia, fundi, ædes*. Lo segundo tampoco puede ofrecer dificultad; las plantas y los árboles se alimentan del suelo en que arraigan, y no pueden ser trasportados sin perecer ó deteriorarse; los frutos se consideran parte del fundo: *fructus pendentes pars fundi videntur* (Ley 44, tít. I, lib. VI), y una cosa con él, por lo cual siguen sus cambios de dominio, segun dice Labeon: *Nam cum fundus alienaretur quod ad eum fructusque ejus attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum.*

Otras cosas se consideran inmuebles por su destino, á saber: 1.°, los abonos destinados por el propietario al cultivo de sus heredades y puestos en estas; 2.°, todo lo que está unido á un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro de este ó del objeto adherente; 3.°, las estátuas colocadas en un nicho construido espresamente en el edificio; 4.°, los viveros de animales; 5.°, las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca para el uso propio de la industria que en aquella se ejerce. De todos estos casos se hallan ejemplos repetidos en las leyes romanas y alguna de Partidas. Es terminante el § 2.° de la ley 17, tít. I, lib. XIX Digesto en cuanto al primero de estos números: *Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt.* Completa el pensamiento de Ulpiano la distincion oportunamente recordada de Trebacio: por la definicion que va al frente de esta ley, *fundi nihil est nisi quod terra se tenet*, el abono acopiado en una heredad no forma parte de ella; se adquiere ó por compra ó por legado, segun el objeto y segun el caso: *Si quidem stercorandi agri causa comparatum est, emptorem sequatur: si vendendi, venditorem, nisi si aliud actum est.* Véase la duda que los autores del Proyecto de Código se propusieron resolver con la cláusula *y puestos en estas*, cuyas palabras, si no fueren del todo precisas, podrian admitir sustitucion. En cuanto á los siguientes números, que segun hemos dicho, tomamos del Proyecto de Código, se han tenido presentes, dice el comentador, las leyes 13, § 31, hasta la 18 inclusive del tít. I, lib. XIX del Dig., copiadas parcialmente en las 28

hasta la 31 del tit. V, Part. V. Nosotros las recordamos: 1.°, para autorizar esa doctrina, ya que por falta de oportuna clasificacion parezca doctrina nueva; 2.°, para aprovechar esta nueva ocasion de rendir un homenaje de respeto á aquellas leyes que lo han previsto todo y decidido todo; leyes de las que dice el comentador, y dice bien, que ilustran este punto con multitud de ejemplos, y que convendrá consultar en los casos que ocurran, asi como todo el titulo VII del lib. XXXIII del Digesto. La cita del comentador es exacta: en la venta de una casa se comprenden los objetos que formaron parte de ella; pozos, canales, caños, etc., y aun los que han sido separados, pero pertenecientes antes á la misma *(Ley 28)*; los alfolíes y tinajas soterradas que están en la casa vendida son del comprador *(Ley 29)*, pero no los pescados que se criasen en las fuentes ó albercas, ni las gallinas ú otras aves existentes en la casa vendida *(Ley 30)*, así como tampoco los Fabarices, los molinos de aceite, bodegas ú otras cosas que hubiese en una heredad vendida, palos, etc., para sostener las vides, si no se hizo espresion de ellos, ó como no fuera que los últimos hubiesen prestado antes aquel servicio *(Ley 31)*. Como se ve por tan ligero estracto, hay que atender al destino de ciertas cosas para fijar su naturaleza: no tienen otro objeto los ejemplos citados por estas leyes, asi como los muchos que comprende el título del Digesto antes referido bajo el epigrafe de *Instructo vel instrumento legato.*

En esas leyes, en esos precedentes, está la confirmacion de los restantes números. Las cosas muebles se reputan inmuebles una vez que se apliquen y sirvan para el uso perpétuo de otra inmueble. La voluntad del dueño de ellas, se conoce unas veces, otras se presume; cualquiera observa la diferencia que hay entre los objetos del número 2.° y los del número 5.° Los primeros de aplicacion tan conocida, son los que llamaban los romanos *fixa vincta*: por eso no pierden su carácter aunque momentáneamente sean separadas del inmueble siempre que haya intencion de reponerlas en él. La prueba en cuanto á los segundos es mas dificil, por-

que se conciben independientes de la finca, y no pueden considerarse como parte de ella, por lo cual será necesario espresar esta circunstancia, ó atender á la costumbre para venir en conocimiento de si su uso, su destino, fué temporal ó perpétuo. Vienen en confirmacion de esta doctrina las siguientes palabras del § 23, ley 12, tít. VII, lib. XXXIII Dig., *sigilla et statuæ adfixæ... domus portio sunt;* ni podia ser otra cosa, porque no es de presumir que el dueño de una casa hiciese el nicho para tenerlo vacio.

No sucede lo mismo con el vivero de los animales: nuestra ley de Partida habia decidido este caso en conformidad con la ley romana que dice: *pisces quæ sunt in piscina, non sunt ædium nec fundi.* Pero esta dificultad nace del modo como se entiende la palabra; aqui se habla de los animales en cuanto hacen parte de un bosque, estanque ó palomar, viniendo á ser por esta causa accesorios de los inmuebles.

Hay cosas finalmente que se consideran inmuebles por el objeto á que se aplican, cuales son las servidumbres y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y antes, oficios y derechos perpétuos enajenados de la Corona. Rogron, comentando una disposicion parecida de la ley francesa, hace notar que hablando con propiedad, tales cosas no son muebles, ni inmuebles, porque son derechos ó cosas incorporales; pero el legislador, para completar su division, se ha fijado en un principio: ha colocado entre los muebles todas las cosas incorporales que se aplican á inmuebles, y entre las muebles las mismas cosas cuando tienen por objeto un bien mueble. Las servidumbres prediales han de participar necesariamente de la naturaleza del objeto sobre que recaen, y el mismo principio se sigue en cuanto á los demás derechos y acciones reales. La ley recopilada 3.ª, núm. 4, tít. XVI, lib. X de la Nov. Recopilacion, declara que por bienes raices, además de casas, heredades y otros de esta calidad inherente al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y demás derechos perpétuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipotecas. Mas como oportunamente se advierte en la esposicion de moti-

vos de la ley Hipotecaria, en una época en que unos se han incorporado en la Corona y en que se trata de la reversion de otros, no podia sostenerse un abuso que sobre fundárse en la ficcion legal, insostenible, de que era propiedad raiz el desempeño de un inmueble, dificultaba los esfuerzos del legislador para estinguirlos. Las inscripciones de la deuda pública, acciones de Banco y compañías mercantiles al portador, se han considerado muebles, atendiendo tanto como á su naturaleza, á los oficios que desempeñan, su trasmision y movilidad. Y lo mismo se ha declarado acerca de las acciones nominales, aunque representen derechos en bienes inmuebles, porque no tanto representan la esencia de los mismos, sino la parte alícuota de todo el capital social (LA SERNA Y MONTALBAN, *tomo II*, § 24. *Elem. de D. C.*).

Despues de lo que dejamos manifestado y de lo que previene la ley de Partida que encabeza este artículo, solo nos ocuparemos en analizar el sentido de la palabra bienes muebles, único medio de especificar las cosas comprendidas bajo esta calificacion. La palabra muebles usada frecuentemente sin mas espresion: ¿qué efectos comprende? El legislador necesita decidir esta duda que ha ocurrido en la práctica.

El Proyecto declara que, bajo la espresion de bienes muebles se comprenderán todos los objetos que tienen por derecho este concepto. Pero que si solo se usa la palabra *muebles*, ó *bienes muebles* de una casa, no se comprenderán el dinero, las acciones, los efectos de comercio, armas, instrumentos de artes y oficios, ropas de vestir, granos, caldos, mercancias, etc., debiéndose estar en caso de duda á la intencion ó voluntad del testador ó de los interesados *(Art. 382)*. Esta declaracion era indispensable, y aunque carezca de valor legal por hallarse consignada en un proyecto que ni es, ni se sabe si será ley, la tomamos de él, porque como opinion particular, tiene la autoridad de sus autores, como proyecto de ley le alcanza parte del mérito que pueda tener la propia clasificacion de la ley francesa. El artículo en cuestion es trasunto del 533 del Código Napoleónico. Ahora bien: como no es dudosa la necesidad

probaremos que tampoco lo es la justicia de tal declaracion. Por desgracia la ley romana no puede servirnos de guia en este caso. La mas concreta de sus declaraciones dice: *Moventium item mobilium appellatione idem significamus.....* (CELSUS. Ley 93 D. de Verb. Sign.), y decimos la mas concreta, porque no es definitiva, ni general, ninguna otra declaracion de las que hace á fin de interpretar las palabras de un vendedor ó testador que se espresa con alguna oscuridad.

Tenemos por razonable en general la doctrina del Proyecto: la palabra *bienes*, unida á *muebles*, la modifica en oposicion á bienes inmuebles; pero la espresion *muebles*, y mas si se habla de los de una casa, aunque estos se llamarian mejor *ajuar* ó *moviliario*, no debe comprender el dinero, las deudas y los derechos, siquiera alli se encuentren depositados los titulos, como lo deciden varios códigos, siguiendo al francés.

Los bienes por razon del destino reciben además otra denominacion, que es en algunos autores motivo para una nueva especie: se llaman *rústicos* los que están destinados á los usos de la agricultura y ganaderia, campos, huertas, montes, graneros; y *urbanos* los destinados para habitacion ú objetos de recreo, jardines, teatros, oficinas. Tiene la regla una escepcion como se verá hablando de las servidumbres, pues entonces para determinar su naturaleza se atiende mas que al destino á la indole de la cosa.

Semovientes se llaman las cosas, segun se ha dicho, cuando no necesitan una fuerza estraña para moverse, sino que pueden moverse por si, como los animales.

ARTÍCULO 4.º

Fungibles y no fungibles.

Hé aqui una especie bien conocida, pero sobre cuya definicion no han faltado dudas. El Proyecto de Código refiere á las primeras aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente á su naturaleza sin que se consuman; todas las demas pertenecen á las segundas (*Art.* 383). Aumenta la dificultad

el hecho de que la idea es antigua, pero no la palabra. La distincion en cosas fungibles y no fungibles, dice Ortolan, es un barbarismo que no pertenece, ni al derecho, ni á la lengua de los romanos. Lo que ellos hicieron fué una distincion que importa mucho recordar para esclarecer éstas nociones: la cosa puede estar representada por su especie, v. gr., un caballo; ó individualmente, v. gr., tal caballo: á la cosa en el primer caso la llamaron *género;* en el segundo, *especie.* Son varias y muy importantes las consecuencias que se deducen de esta diferencia. Parece desde luego natural que la cosa considerada *in genere* se determine por el número, peso y medida del género y calidad convenidos: de ese modo se aprecian el trigo, el vino, las monedas y las cosas, de las cuales decian los romanos: *Quæ pondere, numero, mensurave constant.* La cosa considerada en *especie* se aprecia en su entidad individualmente. De esta distincion nacia otra que no podian olvidar. El género ó la cosa genérica, sea la que quiera, puede usarse y ser sustituida por otra, siempre que sea de la misma cantidad y calidad *(in eadem qualitate et quantitate)*, y á esto aludió Paulo cuando dijo: *In genere suo magis recipiunt functionem per solutionem.* No sucede lo propio con la especie que no puede ser representada por otra, que es una verdadera entidad, y no admite equivalente: *In cæteris rebus aliud pro alio, invito creditori, solvi non potest.*

En el código Alfonsino se reproduce, como no podia menos, esta distincion: hablando del préstamo, dice la ley 1.ª, título I, Part. V, que tiene lugar cuando se prestan algunas *cosas que son acostumbradas á contar, pesar ó medir;* pero que hay otro, llamado comodato, que tiene lugar en *todas las otras cosas que non son de tal manera como estas, asi como caballo, ó otra bestia, ó libro, ó otras cosas semejantes.*

La diferencia especifica de las cosas la produce tambien en el uso y en el aprovechamiento de ellas. Los romanos espresaron que hay unas de las que no se reporta utilidad sino por el uso, cosas de consumo *quæ in uso continentur*, á diferencia de otras que se pueden aprovechar, salva su sustancia, *(quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas)*: las primeras son

fungibles; las segundas no fungibles. Tal es la idea encerrada en esa division, idea exácta aunque no exenta de impugnadores. Rogron, por ejemplo, no satisfecho de esta definicion propone la siguiente: cosas fungibles «las que son perfectamente representadas por otras, de tal manera, que para cumplir las obligaciones de que son objeto, pueden ser dadas por otras *una fungitur vice alterius*: las cosas no fungibles, por el contrario, son las que no pudiendo ser exáctamente representadas por otras, deben ser devueltas idénticamente; por manera, dice, que depende de la intencion de las partes el que una cosa sea reputada fungible ó no fungible.» Esta esplicacion es mas sutil que científica: convenimos en que Pedro puede poner á disposicion de Juan mil cántaras de vino, mil onzas de oro, por lujo, con la prohibicion de que use uno y otro; así como puede darle un libro perfectamente nuevo, sin marca ni señal de ninguna especie; y por consiguiente bajo la posibilidad de que le devuelva, no el mismo ejemplar, sino otro: pero ¿no hay entre estos objetos una diferencia intrínseca? ¿qué le aprovecharia á un necesitado una docena de panes si no se le permitia usarlos para su alimento? En cambio el hombre estudioso devuelve como si no le hubiera tocado el libro que ha aprendido de memoria. No; los hombres no cambian la esencia de las cosas; y nos parece que en este caso las han apreciado como corresponde, estableciendo que el género cuando está representado por cosas que se aprecian con peso y medida, admite sustitucion de otra equivalente, y es fungible: la especie determinada por el individuo, y que se reserva para esplicar un objeto esclusivo, no admite sustitucion, es no fungible.

Artículo 5.°

Cosas divisibles é indivisibles, principales y accesorias.

Los accidentes de las cosas no deben constituir una especie; pero pueden producir diferencias jurídicas, y conviene no olvidarlos. Son cosas divisibles las que pueden fraccionarse

en partes, ya físicas, corporalmente separadas; ya partes jurídicas, fracciones matemáticas, v. gr., una mitad, un tercio. Son indivisibles las que jurídicamente no admiten division. Un rebaño es divisible porque puede descomponerse en partes; una casa no lo es, pero intelectualmente se divide, y puede ser poseida en comun. Un derecho, un título de propiedad es indivisible.

El determinar entre dos cosas que constituyen un todo cuál es la principal, cuál es la accesoria, no es tan fácil como parece: la regla es tener por principales las cosas que subsisten por si, y sirven á su objeto, sin necesidad de estar unidas á otras; y accesorias las que se agregan á otras principales para su servicio ó adorno.

Artículo 6.º

Singulares y universales.

Como en el mundo todo es individual, conviene advertir en qué sentido han podido los jurisconsultos establecer esta division, para lo cual hay que remitirse á los antiguos romanos, porque los modernos la consignan, pero no la desenvuelven. Pomponio dejó espuesta una clasificacion lógica y aceptable: hay cuerpos, dice, contenidos en su solo sér, que son la unidad, v. gr., un hombre, una piedra, á estos llamaron aquellos jurisconsultos *cosas singulares*. Otros están formados de contingentes, hechos conexos, v. gr., una casa, una nave que están compuestos de diversos materiales, y á estas cosas, aunque en el conjunto constituyen la individualidad, los textos las designan algunas veces con el nombre de *universitas*. Por fin los hay que se componen de una agregacion de cosas distintas reunidas bajo una sola razon ó supuesto, y aunque por sus circunstancias pueden recibir distintos nombres, hay una denominacion que las comprende todas: esta especie se halla calificada con el nombre de *rerum universitas* ó simplemente *universitas*, una tienda, un rebaño, una hacienda con sus ins-

trumentos de esplotacion ó cultivo, son en este sentido cosas universales. Pero aun admiten mejor este concepto agregaciones de derecho, ya que no de hecho, que abarcan en su conjunto, no solo cosas corporales, sino incorporales, derechos activos y pasivos; la dote de la mujer, el peculio de los hijos, la herencia, son de este género, y merecen preferentemente el nombre de *universitas*, universalidad.

No insistiriamos en esta distincion, sino porque como se verá en su lugar, tiene aplicaciones en el derecho.

Tampoco carecen de ella otras clasificaciones; pero tenemos mucho espácio que recorrer: por la sencillez de la idea no nos detenemos á esplicar la division en cosas existentes y futuras: la division en preciosas y no preciosas habria sido sencilla, si no la hubieran embrollado las sutilezas escolásticas. La distincion en cosas litigiosas y juzgadas sin desconocer que produce sus efectos, se relaciona con un estado particular, mas no altera el concepto de las mismas.

§ III.

Division de las cosas bajo el punto de vista de su propiedad.

Artículo 1.°

Clasificacion de las mismas por las leyes de Partida.

Este sí que puede decirse que es el aspecto inportante de las cosas: la cualidad de su apropiacion, que las pone en contacto con nuestras necesidades y las remedia, es lo que, bajo las consideraciones del derecho, aumenta su valor.

En esto, como en todo, los romanos han sido nuestros maestros; pero la propiedad y el derecho son ideas tan íntimas, nacen y se desenvuelven con tal union, que las cosas recibieron allí una organizacion parecida á la de la familia y á la del Estado; su clasificacion participaba del mismo carác-

ter, y como en este punto las circunstancias han variado, es imposible acomodarse estrictamente á aquella clasificacion.

Aunque la tomamos por base, como tiene que suceder, siguiendo el plan de las leyes de Partida, rectificaremos aquella nomenclatura, y daremos idea de la gran riqueza de una nacion, bajo los nombres y segun la distribucion que tiene entre nosotros. Repetiremos tambien que no presentando los demás códigos españoles una division científica de las cosas, bajo cuyo aspecto, y no mas, puede haberse trascrito al código Alfonsino el plan y clasificacion de las Institutas, prescindimos de citarlos sin perjuicio de hacer las referencias que convengan.

La ley 2.ª, tít. XXVIII, Part. III, divide las cosas en cinco especies: [1] *comunes, que pertenescen á las aves, é á las bestias, é á todas las criaturas que viven para usar dellas tambien como á los omes:* [2] propias de los hombres, *que pertenescen tan solamente á todos los omes:* [3] de universidad, *que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, ó villa, ó castillo, ó de otro lugar cualquiera do omes moren:* [4] de propiedad particular, *que pertenescen señaladamente á cada un ome para poder ganar ó perder el señorio dellas:* [5] cosas nullius, *que non pertenescen á señorio de ningund ome nin son contadas en sus bienes.*

Los legisladores de Partida se conformaron con el método seguido por Justiniano, quien, segun es sabido, apartándose de los comentarios de Gayo y del Digesto, que dividian las cosas en cosas de derecho divino y de derecho humano, se limitó á decir en su Instituta, que unas están en nuestro patrimonio, y otras fuera de él. Las primeras se llaman privadas ó singulares, las segundas son de dos especies: *públicas* y *nullius*. La palabra *públicas* es genérica: algunos fragmentos del Digesto dan este nombre á las cosas comunes que á nadie pertenecen; mas nosotros no debemos conservar antiguos restos de la filosofía estóica. Segun quedan espuestas en la ley, forman tres especies, y de ellas vamos á ocuparnos: comunes, públicas y de universidad.

ARTÍCULO 2.º

Cosas comunes.

Las define así la ley 3.ª: *cosas, que comunalmente pertenescen á todas las criaturas que viven en este mundo*, á saber. *el aire, é las aguas de la lluvia, é el mar, é su rivera*. No pasemos adelante, porque antes que decir qué comprende ó en qué consiste el aprovechamiento de una cosa comun, es necesario esplicar y rectificar los términos de esta definicion: semejante trabajo no es ajeno á nuestro instituto, pues aunque ciertas clasificaciones entran bajo los dominios del derecho público interior ó internacional, los alumnos se las han hecho familiares desde los primeros años de la carrera, y nos cumple recordarles la que para todos prescriben las leyes de Partida.

No ofenderemos al buen sentido esplicando por qué el *aire* es cosa comun: indispensable para la vida es necesario esperimentar sus beneficios para saber que existe, para decir que el mundo no es el vacio.

Las aguas de la lluvia.—El comentador traduce esta palabra *aqua profluens*, la misma que usó Marciano, autor de esta definicion: *aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris* (Ley 2.ª, § 1.º de rer. div.). No creemos que fuese el pensamiento del legislador, usar la frase en distinto sentido que la emplearon los romanos: buscando el fenómeno en su origen, dirian agua del cielo, aludiendo á ese manantial perenne de todas las corrientes (aqua profluens). De otro modo, sabido es que las aguas que fecundan nuestros plantíos, alimentan nuestros estanques, aunque llovidas del cielo, nos pertenecen.

El mar.—Para la mejor inteligencia de esta palabra, no habrá inconveniente en recordar la diferencia que hay entre los mares: el *mar que baña nuestras costas, mar litoral*, el *alta mar*, y *mar cerrado*. El alta mar, dando este nombre á la grande estension de agua que divide los grandes continentes del mundo, no es susceptible de apropiacion; la ciencia ha

dirimido la contienda en que se hallaron un dia empeñados dos grandes jurisconsultos, Selden y Grocio. La política por su parte ha desautorizado la pretension que mas bien que por razones, por la fuerza de sus armadas, sostuvieron algunos pueblos al dominio de los mares. Luis XIV ni aun quiso tolerar que el Canal de la Mancha se llamase Canal de Inglaterra ó mar Británico. Solo en la historia son dignas de figurar las aspiraciones de Venecia á apropiarse el Mar Adriático, las de los portugueses á abrogarse el Imperio de los Mares de Guinea y de las Indias Orientales, y las de los españoles á escluir á los demás pueblos del Mar Pacífico.

Y no puede ser otra cosa; el mar, ó considerado como una via universal, ó como elemento de produccion y riqueza, es de uso inocente, inagotable y suficiente para todos. Hablamos por regla general: en una obra de derecho civil no hemos de recordar los altos principios de derecho internacional respecto de los mares, persecucion de piratas, derecho de visita, etc.

El mar en cuanto baña y franquea las costas de un pueblo goza de otro concepto; al dominio público de una nacion corresponden las costas y aquella estension de mar hasta donde le convenga estender su dominio para su seguridad y defensa: tal es el origen de la division en zonas, política, fiscal y de pesca. El límite de estas zonas no ha sido una cosa informe, habiéndose acudido á diferentes medios para fijarle, v. gr.: á tantas leguas, ó hasta donde alcanzare la vista ó la voz, ó conforme á la máxima de Bynkershoek, *eo potestas terræ extenditur quousque tormenta explodumtur, eatenus quippe cum imperare, tum possidere videmur.* Ningun pueblo ha dejado sin definir una cosa en que tanto se interesa su seguridad, como veremos en otra parte que lo ha hecho España.

Con mayor motivo son susceptibles de apropiacion los mares enclavados ó cerrados, entre los cuales se pueden comprender los golfos, radas, bahías, estrechos, ensenadas, y aun los mares mediterráneos con tal que no bañen á dos ó mas naciones, ó que no sean como la bahía de Hudson ó el estrecho de Magallanes, vastas estensiones de mar, que siguen la

condicion de todos. Respecto de estrechos, cuando sirven de comunicacion á dos mares, el pueblo á quien pertenece no puede impedir el uso á los demás, siempre que sea inocente, pero puede cobrar un tributo al paso de los bajeles, ó por la incomodidad que le producen ó por la proteccion que les dispensa; tal es el peaje pagado en el estrecho del Sund al Rey de Dinamarca.

Seria un error tomar en absoluto la siguiente cláusula de la ley 3.ª de Partida. *E por ende todo home se puede aprovechar de la mar..... pescando ó navegando*. Las anteriores indicaciones, que aquí no conviene desenvolver, prueban que recibe limitaciones de varios géneros.

Ribera del mar.—La ley 4.ª la define en estos términos: *E todo aquel lugar es llamado ribera de la mar, cuanto se cubre del agua della, quanto mas crece en todo el año, quier en tiempo del invierno ó del verano.* En el Digesto se lee: ***Est autem littus maris quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*** Supónese que Ciceron en un arbitraje dió esta definicion, aunque él la atribuye á Aquilio.

Mediante ese concepto, no es raro que la misma ley diga que en la ribera del mar *todo home puede facer casa ó cabaña á que se acoja cada que quisiere, é puede facer otro edificio cualquier de que se aproveche, de manera que por él non se embargue el uso comunal de la gente, é puedo labrar en la ribera galeas é otros navios cualesquier, é enjugar, y redes, é facerlas de nuevo si quisiere.....* Este derecho no tiene mas que una limitacion, la anterior ley habia dicho: *.....empero si en la ribera de la mar fallare casa ó otro edificio cualquier que sea de alguno, non lo debe derribar, nin usar dél en ninguna manera sin otorgamiento del que lo fizo ó cuyo fuere; como quier que si lo derribase la mar, ó otri, ó se cayese él, que podria quien quier facer de nuevo otro edificio.* Ambas leyes convienen en considerar perfectamente comun la costa, por lo cual, y dentro de ese principio la ley 5.ª debia estatuir: *que todo ome que fallare y oro ó aljófar é piedras preciosas, é la tomare primeramente, que debe ser suya, ca pues que non es en los bienes de*

ningund ome lo que en tal lugar es fallado, guisada cosa es é derecha que sea de aquel que primeramente la fallare ó la tomare.

Mas aunque así se espresen las leyes, en el estado en que hoy se hallan los pueblos, no se pueden ampliar mucho estos llamados restos de la comunion primitiva; ejemplos hay de haber sido funestas para su independencia ciertas concesiones otorgadas en concepto de ser de uso inocente. Donde quiera que la tempestad arroje al pobre náufrago, puede lisonjearse con la idea de que no se le negará una playa amiga. Pero el Estado, que en cierta estension es dueño casi de los mares, lo es todavia mas de las costas; las playas y marismas le pertenecen, á menos que no estén en el dominio particular, legítimamente adquirido. Colocado el disfrute público del mar y sus riberas bajo los auspicios de la administracion, construye arsenales y procura el beneficio de la navegacion, levantando faros y designando varaderos para la construccion y reparacion de las naves. La edificacion en la ribera del mar no es un acto libre. El Estado la concede perpétua ó temporalmente por causas de utilidad pública, y en cuanto no embargue al uso comunal de la gente, como terminantemente se halla prevenido en la ley 4.ª: *de manera que no se embargue el uso comunal de la gente.*

Artículo 3.º

Cosas públicas.

Los romanos, empleando una acepcion general, llamaron comunes las cosas públicas ó pertenecientes á las ciudades; ese es el origen de cierta oscuridad notada en algunas de sus leyes, y de la que participan las nuestras de Partida. De ahí la precision de examinarlas cuidadosamente.

Ley 6.ª—*Los rios, é los puertos, é los caminos públicos, pertenecen á todos los omes comunalmente, en tal manera que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que viven é moran en aquella tierra do son.....* Los

bienes de dominio público corresponden en plena propiedad á la nacion, en cuanto al uso á todo el mundo, nacionales y estranjeros; este es su carácter dominante, pero carácter no siempre fácil de determinar por las dificultades que ofrece el hacer compatibles el dominio público con el uso general, en lo que consiste que dichos bienes lleguen á tener y tengan un aspecto comun, público y privado.

Los rios.—Con un laconismo elegante describe el Sr. Colmeiro la importancia de las aguas diciendo: que son artículo de primera necesidad para los usos de la vida, fuerza motriz aplicadas á la industria, vehículo del comercio, y convertidas en riego, son la sangre de la tierra y vida de los campos.

No carece, sin embargo, de dificultades el determinar de qué clase de rios habla la ley. Distinguiendo los rios segun que sean navegables y no navegables, se ha creido que alude solamente á los primeros: lo cual parece colegirse de la ley 8.ª, que prohibe hacer obra en los rios por los cuales *los homes andan con sus navios:* admitida esta interpretacion resultará quedar sujetos á la propiedad particular los rios no navegables, los arroyos, los torrentes, las fuentes, estanques, pozos y cisternas, y por consiguiente que son aguas de dominio privado: 1.°, todas las contenidas dentro de ciertos límites y susceptibles de ocupacion constante; 2.°, las aguas vivas que se descubren en nuestro terreno; y 3.°, las corrientes, bien sea su curso continuo, bien intermitente.

Evidente es que todos los códigos han distinguido entre rios navegables y no navegables: pero las leyes romanas no apreciaron principalmente esta cualidad para considerar los rios como cosas públicas. Marciano dejó consignada la siguiente máxima: *flumina pene omnia et portus publica sunt* (§. 1.°, ley 4.ª, tít. IX, lib. I, Dig.); en el mismo código Casio definió el rio público *quod perenne est* (§. 3.°, ley 1.ª, tít. XII, lib. XLIII, Dig.), de donde tomó causa el interdicto que encabeza el título, aplicable segun el párrafo segundo de la misma ley, á todos los rios públicos, *sive navigabilia, sint sive non sint.* Por manera, que nos parece que el Proyecto de Código interpreta como cor-

responde estos principios, declarando de la propiedad del Estado los rios, aunque no sean navegables, su alveo y toda agua que corre permanente dentro del territorio español. Observaremos, como el autor de las Concordancias, que en los rios navegables hay una razon mas para declararlos de la propiedad del Estado: pero es conforme á la paz y á la conveniencia pública que sea propietario y regulador de todos, por ser necesarios á la vida, y de grande aplicacion para la industria y para la agricultura.

A estos diferentes objetos han atendido los legisladores, y de ahí provienen la variedad de leyes, todas de carácter administrativo, que se registran en nuestros códigos.

Fuero Juzgo.—La ley 29, tít. IV, lib. VIII, con objeto de dejar espedito el uso ó servicio de los rios aptos para la navegacion, dice: *Los grandes rios porque vienen los salmones ó otro pescado de mar, ó en que echan los omes las redes, ó porque vienen las barcas con algunas mercaderias, ningun ome non debe cerrar el rio por toller la pro á todos los otros, é facerla suya; mas puede facer seto fasta medio del rio alli ó es el agua mas fuerte, é que la otra mesatad finque libre para la pro de los omes.....* continúa la ley..... *E si dambas las partes del rio oviere dos sennores, non deben cerrar todo el rio fascas que diga cada uno que cerró la su meatad; mas el uno debe cerrar la sua meatad de suso y el otro la de yuso, é deje por medio pasar el rio.* La ley protege el derecho de los hombres á usar del rio por ser comun: respeta el que corresponde á los dueños de terrenos colindantes que le cierran, que le hacen suyo, como lo es el terreno que atraviesa; pero les limita su ejercicio, pues siendo aguas corrientes que riegan y fertilizan el terreno de una nacion, es público: era cuanto se podia pedir al derecho administrativo en aquel tiempo.

Hállase copiada la anterior ley hasta con los propios términos en la 6.ª, tít. VI, lib. IV del Fuero Real, que marca la pena del que cierra el rio que entra en el mar: *Ningun home no sea osado de cerrar los rios mayores que entran en la mar, porque salen los salmones é los sollos é los pescados del mar, é*

por donde andan las naves con mercancias; mas si alguno fuere heredero en ribera de tal rio é quisiere facer pesquera ó molinos, fágalos en tal guisa que no tuelga la pasada á las naves ni á los pescadores..... No es esto decir que solo los rios navegables recaigan bajo el dominio público: si de ellos hablan, si á ellos aluden principalmente las leyes, es por su mayor importancia; pero basta que sean aguas corrientes apropiadas para el servicio de fábricas ó riegos para que la Administracion cuide de este elemento de prosperidad y le distribuya equitativamente en beneficio público.

En igual sentido está dictada la ley 8.ª de Partidas, á que antes nos hemos referido, que prohibe levantar *nuevamente molino, nin cañal, nin casa, nin torre, nin cabaña en los rios por los cuales los omes andan con sus navios nin en las riberas dellos.* Esta declaracion, una de las que comprende el título XII del Digesto *de fluminibus*, sirvió en aquel derecho para impedir ciertas obras en rios navegables, sin perjuicio del dominio del Estado en otros, que sin ser navegables, son públicos. Por eso recientemente se ha hecho estensiva esta denominacion á todas las aguas que discurren por rios, arroyos ú otras corrientes naturales, no las que derivadas de una corriente natural, han sido introducidas en un cáuce artificial, ó sirven para el riego ú otros usos de una poblacion, ó están aprovechadas por un individuo ú empresa de interés privado *(Real órden de 4 de Diciembre de 1850).* Los cáuces de dichos rios son tambien públicos, entendiendo por tal el espacio de terreno que bañan las aguas en sus crecidos naturales.

Ya se comprenderá por qué la ley 6.ª dice: *Que como quier que las riberas de los rios son cuanto al senorio de aquellos cuyas son las heredades á que están ayuntadas: con todo eso todo ome puede usar dellas ligando á los árboles que están y sus navios é adovando sus naves é sus velas, é poniendo y sus mercaderias é los pescadores y poner sus pescados é venderlos é enjugar y sus redes.....* No hay inconveniente en reconocer la propiedad particular de los dueños colindantes y decir que los

rios son públicos: está desvanecida por sí misma la objecion que se hace en el supuesto de que es incapaz de apropiacion un líquido que pasa y se renueva: *unun et idem est territorium quod eminet super aquas et quod inmergitur aquis* (BALD., glos. 1.ª). Nada sería mas anómalo que reconocer su dominio al dueño del terreno, y negar que le tenga sobre el rio que le atraviesa, que le fecunda con su limo, ó le destruye con sus avenidas. Lo cual debe, sin embargo, entenderse sin perjuicio del derecho comunal, porque nada sería tampoco mas injusto que haciendo á este hombre dueño esclusivo de un rio que huye, que solo de paso visita sus comarcas, se quitase á los demas lo que Dios cria para todos, las aguas que sirven para beber, bañar, lavarse, abrevar á los ganados. Al hablar de las servidumbres procuraremos demostrar cómo el sistema de acotamientos es insostenible, si no se establecen legítimas servidumbres que dejen á salvo el ejercicio de aquellos derechos. La ley ha querido y sabido respetarlos. Si las aguas públicas son objeto de una concesion, es sin perjuicio de los derechos particulares, y en la forma establecida por leyes y reglamentos administrativos.

Aun se comprende mejor el contenido de la ley 7.ª: *Todos los árboles que están en las riberas de los rios son daquellos cuyas son las heredades que están ayuntadas á las riberas, é puédenlos tajar ó facer tajar, ó facer dellos lo que quisieren.* Dice la Instituta: *Arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt:* y la razon es clara: ¿á quién si no al dueño del terreno han de pertenecer los árboles que en este se crian? Por eso no se le prohibe cortarlos, como no lo haga á tan mala sazon que haya una barca atada y se la lleve la corriente.

Por no insistir mas en una materia que toca de una manera especial al derecho administrativo; no nos detenemos á esplicar en qué sentido los puertos y los caminos son del dominio público, y cuanto el Estado tiene dispuesto acerca de los unos y de los otros. Pero hemos usado la palabra Estado, y ya que personifiquemos esa entidad, convendrá que en tal representacion espongamos los derechos que le asisten sobre los bienes y recursos de que dispone para el levantamiento de

los servicios públicos. Se nos permitirá que á este propósito trascribamos las pocas, pero exáctas palabras en que el señor Colmeiro da idea del dominio nacional y de los bienes del Estado. Antiguamente podia bastar el contenido de la ley 11 de Partidas: *Las rentas de los puertos, de los portazgos, las rentas de las salinas, de las pesqueras, de las ferrerias é de los otros metales, é los pechos é los tributos, son de los Emperadores é de los Reyes.* Las cosas han variado, y hoy es necesaria otra clasificacion.

BIENES DEL ESTADO.

Son bienes del Estado aquellos que pertenecen en plena propiedad á la nacion, y forman una especie de patrimonio comun á todos los ciudadanos. Entre estos y los bienes públicos media gran diferencia; porque si los unos se destinan á cierto uso general, los otros se administran esclusivamente por el Gobierno. Él los adquiere, los conserva, los aprovecha y enajena, segun las necesidades del servicio ó de los intereses de la sociedad. Los bienes públicos corresponden á la nacion por el derecho de soberanía; los del Estado á título de dominio, y su administracion constituye actos de gestion económica mas bien que actos administrativos. Entran en esta categoría los baldíos, los montes, las minas, los bienes mostrencos y los nacionales *(Der. Adm., cap. VI, sec. 2.ª, lib. IV).*

A.

BIENES BALDÍOS.

Son baldíos los terrenos ociosos que el Estado conserva en su dominio, y cuyas producciones consisten en los frutos espontáneos del suelo, ó sean los terrenos que, no correspondiendo al dominio privado, pertenecen al dominio público para su comun disfrute ó aprovechamiento.

España, dice el Sr. Escriche, es quizás la nacion que mas abunda en baldíos, por lo que no es estraño que sea una de las naciones mas despobladas y que se halle mas atrasada en agricultura.

El origen le atribuye el Sr. Jovellanos á los muchos campos que quedaron vacantes en el reparto de tierras verificado por los godos. El aumento lo esplican por la preponderancia que mas adelante obtuvo la ganaderia sobre el cultivo. Razones de alta conveniencia pública aconsejaban la enajenacion de tantos terrenos ociosos, y hé aquí lo que, con mas ó menos energía y consecuencia, se verificó en diferentes reinados, desde D. Enrique II hasta los tiempos del Sr. D. Fernando VII, que ordenó la venta de los bienes baldíos y realengos, con destino al pago de réditos y amortizacion de la deuda pública, esceptuando: 1.°, los terrenos arbitrados y apropiados con autoridad Real ó del Consejo; 2.°, los baldíos de aprovechamiento comun de los pueblos que estos necesiten para sus ganados ó para sembrar, conservando la alternativa de año y vez, ó cortar maderas y leñas para los usos domésticos; y 3.°, los pastos necesarios á los ganados trashumantes cerca de las cañadas, abrevaderos y descansaderos (*Real cédula de* 5 *de Agosto de* 1818 *y* 22 *de Julio de* 1819).

La ley de 21 de Noviembre de 1855 exime á los colonos de terrenos baldíos durante diez años contados desde la fecha de la concesion provincial: primero, de toda contribucion directa, y segundo, de los servicios de bagaje, alojamiento veredero, etc, satisfaciendo solamente la prestacion personal con destino á caminos vecinales que las colonias necesiten para comunicarse con las poblaciones inmediatas, etc., etc.

No es de nuestro instituto inquirir si el sistema de colonias es mas á propósito cómo medio de estender el cultivo á los baldíos y disminuir los despoblados; así cómo el método que sea preferible para la enajenacion de tales bienes.

Su administracion está envuelta con la de montes, cuando las tierras vacantes pertenecen á esta clase; cuando no, los pueblos, ó mas bien el primer ocupante aprovecha, esquilma

y destruye el terreno, siendo su voluntad la ley, y su interés el límite de sus actos (COLMEIRO).

B.

MONTES.

Toman este nombre todos los terrenos cubiertos de árboles á propósito para la construccion naval ó civil, carboneo y demás necesidades, ya sean montes altos, bajos, bosques, sotos, plantíos ó matorrales de toda especie distinta de los olivares, frutales ó semejantes plantaciones de especie, fruto ó cultivo agrario *(Art. 1.° de las Ordenanzas de Montes de* 22 *de Diciembre de* 1833*)*.

Montes del Estado son los realengos baldíos y otros cualesquiera que no tengan dueño conocido, cuyo cuidado, conservacion y fomento está á cargo del Gobierno, y en las provincias al de los gobernadores civiles, los cuales la ejercen en la parte administrativa con el auxilio del jefe de la seccion de Fomento, y en la facultativa, bajo la direccion del ingeniero especial de montes, jefe de provincia y de uno ó mas peritos agrónomos.

Con objeto de llevar á cabo las leyes desamortizadoras, sin perjuicio del importante ramo de montes, ha sido necesario dictar recientes disposiciones para su clasificacion *(Reales Decretos de* 26 *de Octubre de* 1855, 27 *de Febrero de* 1856, 16 *de Febrero de* 1859 *y* 22 *de Enero de* 1862*)*.

C.

MINAS.

La ley 11, tít. XXVIII, Part. III, antes citada, enumera entre las cosas que corresponden á los emperadores y reyes las rentas de las ferrerías ó de los otros metales. La 47 del tít. XXXII del ordenamiento de Alcalá (1.ª, tít. XVIII, lib. IX Nov. Rec.), *declara que todas las minas de oro, é de plata, é de plomo, é de otra guisa cualquier que minera sea en el señorio*

del Rey, ninguno non sea osado de labrar en ella sin su mandado. La legislacion de todos los tiempos, podríamos decir, la legislacion de todos los paises conviene en reconocer las minas como una dependencia del terreno nacional: sobre esta base descansa la que hoy rige en la materia. Pasa por principio que debe distinguirse en el suelo la propiedad del fondo y de la superficie, de modo que no siendo la mina un objeto de accesion, ni producto del trabajo, hay que buscar en otra parte los títulos de su propiedad y aprovechamiento.

Por mina, en sentido legal, se entiende todas las sustancias inorgánicas que se presentan á una esplotacion, sean metálicas, combustibles, salinas ó piedras preciosas; ora se encuentren en el fondo de la tierra, ora en la superficie.

Las concesiones se otorgan prévio espediente instruido con las formalidades y bajo las condiciones que son objeto de una ley especial, de lo cual en este momento no debemos ocuparnos.

D.

BIENES MOSTRENCOS.

Corresponden á esta clase todos los bienes, ya sean muebles ó inmuebles que se encuentran perdidos ó abandonados sin saberse su dueño. Estos bienes en rigor debian pertenecer al primero que los ocupase por ser bienes *nullius;* pero las leyes positivas atribuyen su dominio al Estado. Pasando por alto las varias disposiciones que harian bastante difusa la historia legislativa de dichos bienes, recordaremos su clasificacion tal como la hallamos dispuesta por la ley de 9 de Mayo de 1835. Son bienes mostrencos: 1.°, los vacantes sin dueño ni poseedor conocido; 2.°, los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, y todo cuanto en ellos se halle, despues que pasado el tiempo prevenido por las leyes resulte no tener dueño conocido; 3.°, todo cuanto el mar arroje á sus playas, sea ó no procedente de naufragio no teniendo dueño conocido. Esceptúanse los productos de la

misma mar que los hace suyos el primer ocupante; 4.°, la mitad de los tesoros, ó sean las alhajas, dinero, ó cualquiera otra cosa de valor, ignorada ó escondida en los terrenos del Estado; 5.°, los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes; 6.°, los bienes detentados ó poseidos sin título legítimo que el Estado puede reivindicar segun las leyes comunes.

Todos los bienes adquiridos ó que se adquieran como mostrencos á nombre del Estado, están adjudicados al pago de la deuda pública, y corresponde á la administracion adoptar las medidas necesarias para descubrirlos, ocuparlos ó reclamarlos *(Real órden de* 20 *de Octubre de* 1842 *y* 4 *de Mayo de* 1848*)*.

E.

BIENES NACIONALES.

Este nombre, que conviene á todos los que pertenecen á la nacion, se reserva especialmente para denotar aquella clase de bienes que proceden de manos muertas ó corporaciones estinguidas. La desamortizacion eclesiástica ha puesto á disposicion del Estado todos esos bienes, sobre los cuales ejercita los mismos derechos que cualquier particular sobre los suyos; los administra, percibe sus rentas, satisface las cargas de justicia, y procura su enajenacion en favor de la deuda pública.

Son bienes nacionales: 1.°, los predios rústicos y urbanos, censos ú otros bienes con que los reyes habian dotado al Tribunal de la Inquisicion (*Real decreto de* 15 *de Julio de* 1834); 2.°, los bienes raices pertenecientes á las suprimidas comunidades y corporaciones religiosas, y los demás que se hayan adjudicado ó adjudiquen á la nacion por cualquier título ó motivo (*Real decreto de* 19 *de Febrero é Instruccion de* 1.° *de Marzo de* 1836); 3.°, todos los procedentes de los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos, con algunas leves escepciones (*Real de-*

creto de 8 de Marzo de 1836, decreto de las Córtes de 28 de Julio de 1837, y ley de 1.° de Mayo de 1855).

Las pinturas y demás efectos donados por los patronos ó los conventos suprimidos, salvo si la escritura de donacion contiene claúsula de reversion, y el interesado reclama su derecho ante el Gobernador civil de la provincia ó ante los tribunales ordinarios (*Real órden de 1.° de Diciembre de 1846*).

F.

BIENES DEL REAL PATRIMONIO.

El Proyecto de Código Civil enumera entre los bienes de propiedad pública los del Real Patrimonio, destinados á la dotacion permanente de la corona. Debe repararse mucho en esta circunstancia. Los reyes tienen dos clases de bienes: unos en propiedad particular, como la que tiene cualquier español sobre los suyos; otros que constituyen el patrimonio de la corona. De unos y otros hablan con separacion nuestras antiguas leyes, sin que el actual régimen político haya hecho desaparecer estas diferencias.

La ley 1.ª, tít. XVII, Part. II, recomienda la conservacion de los bienes que pertenecen al Rey: *Cumplidamente non puede ser guardado el Rey si todas sus cosas non fuesen guardadas por honra del Rey.* Siguiendo la clasificacion general las distingue en raices y muebles, y luego hace la siguiente distincion: *E destas heredades que son raices, las unas son quitamente del Rey, asi como cilleros, ó bodegas, ó otras tierras de labores de cual manera quier que sean, que oviese heredado ó comprado, ó ganado apartadamente para si. E otras y ha que pertenecen al Reino, asi como villas, é castillos, é los otros honores.....*

El comentador dice que el Rey tiene un triple patrimonio *(triplex patrimonium)*: uno se llama fiscal; otro perteneciente al Patrimonio Real; otro que le corresponde, no como Rey, sino como particular: *quod successione vel prospera fortuna vel probitate*

sua quæsivit (glosa 4.ª). Estos últimos bienes como los de cualquier particular son enajenables, y así debe entenderse la ley 4.ª, tít. XV de la misma Partida, que impone al sucesor en el Reino la obligacion de satisfacer las mandas y deudas de su antecesor, lo cual se entiende de manera que no mengüe el *señorio así como vendiendo ó enagenando los bienes dél, que son como raices del Reino.* Siempre ha tenido la corona sus rentas fijas y permanentes otorgadas, como dijo la ley de Partida: *porque oviesen con que se mantuviesen onradamente en sus despensas...* (ley 11, tít. XXVIII-3), de tal manera que la separacion hecha desde 1814 entre los bienes de la nacion y los del Real Patrimonio, no quita la fuerza á varias leyes del título V, lib. III, y del tít. VIII, lib. VII de la Nov. Rec., que identifican dicho Real Patrimonio, añadiendo que es un recurso para acudir á las urgencias públicas, como ha sucedido en mas de un caso *(Ley 9.ª, tít. VIII).*

La verdadera naturaleza de estos bienes es la de un mayorazgo que se va trasmitiendo sucesivamente con la corona al sucesor del Trono, y se recibe sin cargas ni obligaciones por el órden establecido para la sucesion de un vínculo regular.

Artículo 4.º

Bienes de corporacion.

El Derecho Romano aplicó este nombre á los bienes de la Universidad, no de particulares *(universitatis non singulorum)*, como los teatros, estudios y todo lo que es comun para los ciudadanos. Pero no pasó desapercibida la diferencia que podia existir entre tales bienes: los unos, aunque propios de todos los individuos de la asociacion, no eran de uso público, v. gr. el dinero, los créditos, etc.; todo lo cual, hablando propiamente, correspondia al patrimonio de la corporacion; otros, de los que principalmente trata la Instituta, podian usarse por todos y aun por los estranjeros.

Con la misma distincion habló el Rey Sábio de estos bienes, segun lo manifiestan dos leyes de este título.

Ley 9.ª—*Apartadamente son del comun de cada cibdad ó villa, las fuentes, é las plazas ó facen las ferias, é los mercados, é los lugares ó se ayuntan á concejo, é los arenales..... é los otros exidos..... é las carreras, é los montes, é las dehesas, é todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos é otorgados para pro comunal de cada cibdad, ó villa, ó castillo, ó otro lugar. Ca todo ome que fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, é son comunales á todos, tambien á los pobres como á los ricos. Mas los que fueren moradores en otro lugar, non pueden usar dellas contra voluntad ó defendimiento de los que morasen y.....*

Independientemente de estos bienes comunes ó de uso comunal, en el sentido de la palabra, han disfrutado los pueblos otros que con razon han podido llamarse propios. De ellos debe entenderse la ley 10, que dice: *Campos, é viñas, é huertas, é olivares, é otras heredades, é ganados, é siervos, é otras cosas semejantes que dan fruto de si ó renta, pueden haber las cibdades ó las villas; é como quier que sean comunalmente de todos los moradores de la cibdad ó de la villa cuyos fueren, con todo eso non puede cada uno por si apartadamente usar de tales cosas; mas los frutos é rentas deben ser metidas en pro comunal de toda la cibdad ó villa..... asi como en labor de los muros, é de las puentes*, etc., etc.

Prévios estos supuestos, diremos la verdadera clasificacion y estado de estos bienes. Mejor ó peor entendida ha existido casi siempre esta nomenclatura. De ella partieron nuestros mas antiguos legisladores para estatuir ciertas prescripciones que se registran en los códigos. Dígase, si no, en medio de su laconismo, ¿qué otro objeto tienen las siguientes leyes del título IV del lib. VIII del Fuero Juzgo? La 24, pena de los que cierran los caminos; la 25, marcando el terreno que debe dejarse á fin de que sea espedito el paso por el camino: la 26, defendiendo hasta con pena el pasto para los ganados; la 27, estableciendo que los pastos que no sean cerrados, no sean *defendidos* en los caminos, etc. En el mismo espíritu estan dictadas las leyes del tít. VI, lib. IV del Fuero Real, señalando

penas á los que cierran los caminos, ejidos, é los rios. Aunque el modelo en este punto se encuentra en los libros VI y VII de la Nov. Rec., cuyas leyes, que son numerosísimas, y de las cuales ni podemos ni debemos ocuparnos, desenvuelven y agotan la materia.

Pues bien, con presencia de todos estos monumentos, los autores presentan como general la siguiente doctrina:

Hay bienes comunes de los pueblos, pero no todos son de la misma naturaleza; algunos como las plazas, calles y paseos los disfrutan todos, ya tengan ó no fija en él su vecindad; el uso y aprovechamiento de otros es esclusivo de los vecinos, como sucede con los pastos y montes pertenecientes al comun; á esos bienes alude el final de la ley 9.ª de Partidas.

Por el contrario son bienes de propios todos los que no se disfrutan en comun, y cuyos productos se aplican á los gastos de la administracion municipal. Los propios de algunos pueblos eran de tanta consideracion, que despues de cubiertas sus obligaciones, todavía quedaba un sobrante para las atenciones del Gobierno. Tal vez por esto, ó por abusos en la administracion, ó por influencia del espíritu de la época, se creyó conveniente convertir la propiedad colectiva en propiedad individual, en cuyo pensamiento está dictada la ley 17, tít. XXV, lib. VII Nov. Rec.; y se han dado otras mas terminantes, hallándose dispuesto por Real decreto de 2 de Octubre de 1858, que los bienes pertenecientes á manos muertas de carácter civil, declarados en estado de venta por la ley de 1.º de Mayo ee 1855, continúen enajenándose con arreglo á la misma y á la de 11 de Julio de 1856.

Los establecimientos de instruccion pública, los de beneficencia poseian tambien bienes propios, de que usaban para el levantamiento de sus cargas hasta la publicacion de la ley de desamortizacion civil, que ha puesto en estado de venta dichos bienes.

ARTÍCULO 5.°

Bienes de particulares.

La significacion de esta palabra es bien conocida. Si pudiera ofrecer dudas, las acaba la ley 2.ª, tit. XXVIII, al definirlas, segun se ha visto, *cosas que pertenecen señaladamente á cada un ome para poder ganar ó perder el señorio de ellas.* Entran, pues, en esta categoria todas las que constituyen el caudal ó patrimonio de cada persona, ora sea un individuo de la sociedad, óra sea una entidad, á que la ley da el nombre de persona juridica ó moral. Y véase en qué concepto se afirma que los bienes de que se constituye propietario el Estado, las propiedades qué por diferentes titulos pertenecen á la nacion, y los bienes corporativos, se consideran para el efecto de adquirirse ó perderse, sujetos al Derecho Civil.

ARTÍCULO 6.°

Cosas nullius.

Esta palabra, en el sentido mas concreto, comprende aquellas cosas que no tienen dueño, ó porque nadie se las ha apropiado, ó porque se tienen por abandonadas (*habitæ pro derelicto*), ó porque, fenecida la propiedad, nadie ha sucedido en ella. Pero generalizada la idea comprende las cosas comunes, y aun las públicas, que no están en el dominio de nadie, y las de derecho divino, que están fuera del comercio de los hombres. De las últimas principalmente se ocupan las leyes 12, 13, 14 y 15, y aun la 16. Por demás será decir que, habiendo copiado á las romanas, reproducen con servil fidelidad una clasificacion que, en aquel pueblo, ni carecia de objeto ni de importancia. Distinguiéronse alli cosas sagradas, religiosas y santas: *Sacræ sunt quæ diis superis consecratæ sunt* (GAIO 2, Comm. 4); *Publice dedicata*, añade Paulo, *sive in civitate, sint sive in agro: religiosæ, quæ diis manibus relictæ sunt* (GAIO 2); *Sanctæ velut*

muri et portæ (GAIO); cosas santas, como dice Ulpiano, porque sin ser sagradas ni profanas, *sanctione quadam confirmata sunt veluti leges*, santas en la acepcion que Marciano da á esta palabra, aplicándola á todo aquello *quod ab injuria hominum defensum atque munitum est.* De tal manera conservan estos precedentes las leyes de Partida, que la última de las que dejamos citadas, reproduce la fábula de la muerte de Remo, terminando con estas palabras: Por esto dijo Lucano que *los primeros muros de Roma fueron bañados de la sangre del hermano del Señor della.* Mas como, sin desconvenir completamente, haya esenciales diferencias entre esos bienes y los que nosotros llamamos santos; como seria inaplicable aquella nomenclatura, aquella division, trascribiremos la que dan los autores, mas conforme con los sentimientos y las costumbres de nuestros dias.

Artículo 7.º

Cosas de derecho divino.

Las definen los canonistas las establecidas mediata ó inmediatamente para la santificacion del hombre, de las que este participa en la forma establecida por las divinas leyes, ó las que emanan de las autoridades legitimas.

Son sus especies espirituales y corporales. Dejando aparte las primeras, de que no nos corresponde hablar por estar especialmente determinadas á la santificacion del hombre, hablaremos de las corporales, que sin ser ajenas á este último fin, no se consideran de una manera tan inmediata y principal. Tales son las sagradas, religiosas y santas.

A.

SAGRADAS.

Son las que están consagradas á Dios y á la religion por un culto divino. De ellas dice la ley 13 que *son las que consa-*

gran los Obispos, asi como las iglesias, altares, cruces é cálices, encensarios é vestimentas, é los libros é todas las otras cosas establecidas para el servicio de la Iglesia...

Dichas cosas no pueden ser enajenadas sino para atender á las necesidades de la misma Iglesia, ó por motivos de piedad en los casos de que hablan esta misma ley y la 1.ª, titulo XIV, Part. I, pero mejor y mas principalmente los sagrados cánones.

Aunque constituidas fuera del dominio, su uso y su utilidad está patente á todos los cristianos; y asi como las espirituales están encomendadas á la gerarquia eclesiástica, segun el carácter sacerdotal de cada ministro, las segundas *tiénenlas asi como guardadores é servidores, porque ellos han á guardar estas cosas, é á servir á Dios en ellas é con ellas* (Ley 12).

B.

RELIGIOSAS.

La ley 14 de Part. es acomodada á la idea que tenemos de estas cosas: reciben este nombre los asilos de beneficencia ó de piedad erigidos por autoridad eclesiástica cuando formen parte de una cosa sagrada, como v. gr., un monasterio, cuya administracion corresponde á la comunidad religiosa á que estuviere agregado, bajo la direccion de los prelados superiores. Los demás establecimientos, v. gr., los hospitales, solo serán religiosos cuando fueren de institucion eclesiástica. Si hubiesen sido fundados por la autoridad temporal ó por los particulares bajo el amparo de la administracion, no son religiosos, y solo se reserva al clero la intervencion que le corresponde en la parte espiritual.

Los cementerios, donde se entierran los cristianos que no estén privados de sepultura eclesiástica, son lugares religiosos, sin perjuicio de la intervencion que bajo el aspecto civil, corresponde á la administracion por razon de salubridad pú-

blica, y por estar obligada á construirlos en defecto de fondos de fábrica.

C.

COSAS TEMPORALES DE LA IGLESIA.

La iglesia, como verdadera sociedad, ha debido tener y tiene el derecho de adquirir bienes propios, de los que ha dispuesto para atender al sostenimiento del culto y los ministros, y para obras de caridad, *asi como en dar á comer, é á vestir á los pobres, facer criar los huérfanos, é casar las virgenes pobres; sacar cativos, reparar las Eglesias, comprando calices, vestimentas, libros, é las otras cosas, de que fueren menguadas* (Ley 12).

Esta propiedad ha sufrido en el curso de los siglos grandes vicisitudes. Los bienes eclesiásticos fueron declarados nacionales por la autoridad secular, y se pusieron en venta pública, prohibiéndose en términos absolutos la sucesiva adquisicion sin mas escepciones que las consignadas en las leyes publicadas con este motivo en 27 de de Setiembre de 1820 y 2 de igual mes de 1841. Por Real decreto de 26 de Julio de 1844 se suspendieron las ventas, habiéndose devuelto á la iglesia los bienes existentes por la ley de 3 de Abril de 1845. En el Concordato de 1851 se estipuló que la iglesia tendria el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y que su propiedad, en todo lo que poseyese entonces y adquiriese despues, seria solemnemente respetada. La ley de 1.° de Mayo de 1855 volvió á poner en venta los bienes eclesiásticos; pero un Real decreto de 23 de Setiembre de 1856 suspendió nueva vez dicha enajenacion. Era preciso poner término á tantas contradicciones; era preciso fijar definitivamente la suerte de esos bienes, y entabladas negociaciones con la Santa Sede, dieron por resultado el Concordato celebrado en 25 de Agosto de 1859 que se publicó por ley de 4 de Abril del mismo año, en cuyo art. 4.° y siguientes, despues de reconocer á la iglesia como propietaria absoluta de todos y cada uno de los bie-

nes que le fueron devueltos por él, se acuerda su permutacion en inscripciones intransferibles del 3 por 100 de la deuda consolidada, etc., etc., habiéndose dictado en 15 de Febrero de 1861 por la Direccion general de contabilidad una circular con objeto de llevar á efecto la Real órden de 26 de Mayo sobre entrega á las corporaciones y particulares de las inscripciones intransferibles en equivalencia de los respectivos bienes de que se ha incautado el Estado.

§. IV.

De los derechos.

Artículo 1.°

Nocion de los derechos y sus clases.

Pueden considerarse los derechos como la condicion jurídica que nos pone en relacion con las cosas; el punto de enlace entre nuestras necesidades y los objetos destinados á su satisfaccion.

Esta palabra es acomodada á la idea que representa: cualquier acto que denote una capacidad es hijo de un derecho: á nadie le es permitido lo que no es justo: la palabra *jus* en cuanto significa lo justo, lo recto, da por resultado la voz *jura*, ó sea el conjunto de nuestras facultades conforme á la ley.

Por el modo de ejecutarlas distinguen los autores entre derechos reales y personales: no se halla formulada esta clasificacion en la ley romana, pero ella y todas las leyes han establecido la base de una teoría que pasa por fundamental. Bien mirado, todo derecho es personal, porque en último término siempre es una persona el objeto pasivo del derecho; mas lo que esplica la teoría, lo que origina la distincion, es el modo, la forma de su concurrencia. En los derechos reales, en los que puede decirse que no hay elemento alguno intermedio entre nuestra capacidad y el objeto, fuera del deber en que

todos están de abstenerse de toda perturbacion, no hay individuo directa y personalmente obligado, del cual y de nadie mas, uno deba pedir y pueda esperar que le entregue alguna cosa, que le preste algun hecho, algun servicio; este derecho por su estension es absoluto, cuya palabra podria emplearse con tanta y mas propiedad que la de derecho real, si no fuera porque el derecho personal, que deberia llamarse relativo, daria á entender, lo cual no es exacto, que estaba limitado á la persona, sugeto pasivo del mismo.

La escuela, que en medio de sus sutilezas, ha sido frecuentemente feliz y gráfica en el uso de sus términos, ha inventado un modo sensible y práctico de espresar esta distincion: llama *jus in rem,* derecho en la cosa, al derecho real; *jus ad rem,* derecho á la cosa, al derecho personal.

Segun Ortolan, estas denominaciones bárbaras fueron introducidas en la edad media: la primera, dice, se manifiesta en el Braquilogo ó sumario del Derecho de Justiniano, compuesto en Lombardia en el siglo XII, y ambas se encuentran, opuestas una á otra, en las constituciones pontificias, de donde, sin duda, pasaron á la jurisprudencia civil. No estrañariamos la invencion: fué aquel siglo amante de las etimologías, y aficionado á esplicar por distinciones escolásticas las ideas mas abstractas. Pero desde entonces ya ha tenido tiempo para ganar naturalidad en la ciencia, y como es division de uso frecuente, y nada espuesta á error, sin decir que la defendemos, tampoco nos permitimos creer que deba ser eliminada del lenguaje científico.

Artículo 2.°

Derechos reales ó en la cosa.

Heinecio considera difícil enumerarlos, porque lo es conciliar á los autores que, bien han aumentado, bien han disminuido sus especies. El giro que han tomado los estudios nos dispensa de acometer esta tarea. ¿Qué importancia puede

tener la cuestion de si el dominio es ó no el único derecho real, cuando hasta el dominio se niega? Los literatos tienen la mision y se reservan el mérito de debatir sobre la pureza de las palabras. A los jurisconsultos que estudian con diferente objeto, puede perdonárseles que no sean escrupulosos para aceptar frases y divisiones que son de uso legal, empleando sus luces en defensa de mas altas verdades.

Nada omitiremos de cuanto sea esencial, pero se nos permitirá que nos autoricemos con el voto de los Sres. La Serna, Montalban y otros para solo proponer, no tratar, ni decidir una dificultad que no creemos grave.

Conviene reconocer que el dominio es por escelencia el derecho en la cosa; pero ¿es el único? Heinecio pregunta: ¿Qué nos aprovecha nuestro *arte*, si cuatro especies diversas por su naturaleza negamos que son cuatro porque convienen en alguna cosa? Él dice que son cuatro, porque solo coloca entre los derechos reales el dominio, el derecho hereditario, la servidumbre y la prenda. Mas este número admite aumento: cuáles sean los derechos que deban entrar en este número en el estado actual de la ciencia, lo sabremos mejor recordando el carácter comun á todos los derechos de esta especie, y viendo en qué y cómo le adquieren aquellos actos ó fenómenos que han recibido de los autores este nombre.

El *dominio* es esencialmente un derecho real, por cumplirse plenamente en él las condiciones que distinguen este derecho. *Plenam in rem potestatem* llamó la ley romana á esa relacion del hombre con la cosa, de la que es dueño sin consideracion á nadie, y dueño tan absoluto que, fuera del límite natural, no tiene en rigor ninguno para su disfrute.

La *posesion:* es tan estrecha la clasificacion de los derechos, que como no se la deje sin nombre, hay que llamarla derecho real. Heinecio, deseoso de aumentar este número, no encontró razones para incluir en él la posesion. Pero le vamos á contestar con su argumento; ¿qué habrá ganado la ciencia, si despues de haber honrado tanto, concedido tanto á la posesion, la regatea un nombre? No examinamos hoy la

posesion; no debemos anticipar ideas que tienen su lugar oportuno; pero fuera de una circunstancia, fuera de la tradicion por el dueño verdadero, y para eso esta falta la subsana el tiempo, tiene lo que tiene el dominio; puede ser de igual duracion mientras no se impugne; produce los mismos derechos, y en lo general está defendida por una accion de igual índole que las que nacen del dominio; pues entonces ¿qué le falta para ser tenida por derecho real? Unida íntimamente con el dominio, su naturaleza llega á confundirse de tal modo que, como dice la ley 65 de Toro, la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, y vice-versa.

Lo que sí nos parece lógico es hablar de ella á continuacion del dominio: prescindiendo del defecto de su orígen, es ciertamente el derecho que mas se le parece.

Derecho hereditario. Vamos á examinarle bajo el punto de vista de la sucesion, como el modo de que un hombre adquiera la universalidad de bienes que pertenecia á otro: la sucesion *(in universum jus)* es un derecho; pero ¿de qué clase? No hay que preguntarlo: ¿puede no ser real ese derecho, que es la continuacion del anterior, y que para que ni aun sufra interrupcion ha dado lugar á fingir que el tiempo de la formacion de inventario, el de la muerte y el de la adicion de la herencia son un mismo tiempo? Pudiera deducirse de esto una observacion: luego no es un nuevo derecho el que solo es continuacion del dominio. Cierto; pero es el dominio, ya no del difunto; es el dominio del heredero; ¿y para qué negar el nombre de un estado que va á producir efectos y acciones de un género especial?

Añaden los autores: el dominio no seria un derecho absoluto, si en la potestad del que le tiene, y que es dueño de hacer todo lo que no prohibe la ley ó el hombre, no se contase la de imponerle alguna limitacion, la de sujetarle á alguna carga; pues bien: ciertas limitaciones, ciertas desmembraciones del dominio; hé aqui el orígen de una nueva especie de derecho real: son varias y tienen diferentes nombres estas aplicaciones del dominio.

Sobre que no es inútil, tenemos que aceptar una division que vemos hecha en los prácticos. Ellos han visto que puede un hombre ser dueño de una cosa y ceder á otro la superficie, el suelo, lo que se llama la sustancia, y si no los frutos. La ley ha autorizado estas mancomunidades, que se llaman derecho de *superficie, enfiteusis, usufructo.* Mas reconociendo el hecho, han tenido que clasificarle, y lo han verificado distinguiendo entre dominio pleno y menos pleno, nuda y no nuda propiedad. No diremos que esta distincion sea análoga al carácter del dominio; pero el dominio, aunque esté en mancomunidad ó sufra desmembraciones, ¿cambia por eso de especie? Pues hé ahi la causa de nuevos derechos, con efectos y acciones propias, que sin ser el dominio, por participar de su naturaleza entran en la categoría de derechos en la cosa.

Lo propio acontece en las cargas y servicios con que el dueño grava algunas veces su propiedad. De intento usan los autores aquellos nombres, porque aunque uno y otro supongan la misma cosa, espresan, si se quiere, distintas ideas: asi, por ejemplo, las *servidumbres* que consisten en no hacer y sufrir, son carga: los *censos* reservativos y consignativos que nos sujetan á una prestacion, son servicios. Pero los censos y servidumbres modifican, no alteran la indole del dominio, y como tienen un nombre, tienen una clasificacion, se llaman derechos reales.

Hay, finalmente, algunos otros derechos que no suponen desmembramiento de dominio, porque constituidos meramente por garantia no trasfieren al adquirente derecho alguno del propietario: la *prenda*, la *hipoteca*, son de este género; pero con ellas si no se han disminuido, se hán alterado los elementos del dominio, estos actos, estos derechos que, ó afectan á la posesion ó prohiben la facultad de disponer, son, y no pueden menos de ser, una nueva especie de derecho en la cosa. Fuera inútil negarles este carácter, puesto que reciben nombre especial y producen afectos análogos.

Aunque hemos espuesto los principales derechos en la cosa,

no nos atreveríamos á decir que esta reseña comprenda los que hay ó pueda haber de esta clase. Donde exista un derecho que deba perseguirse en la cosa sin preguntar siquiera el nombre de quien la tiene; que tanto vale la frase, *sin consideracion á la persona*, allí hay un derecho real. Por eso los Sres. Serna y Montalban observan que la ley Hipotecaria ha aumentado uno mas, el que nace de la inscripcion en el registro de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que sean por un período de mas de seis años ó en que se hayan anticipado las rentas de mas de tres años (§§ 5.° *y* 6.°, *art.* 2.°, *tít. I, Ley Hipotecaria).*

Por nuestra parte y para concluir apuntaremos una idea: existe en España una institucion, que si hoy es de poca importancia no ha dejado de tenerla en la historia de la propiedad, de cuyo derecho es, ó una modificacion, ó una carga: hablamos del retracto: este derecho afecto á las cosas sobre que recae, podria considerarse un verdadero derecho real. Recordamos esta especie porque al reseñar la historia de la propiedad nos proponemos examinar este accidente que la modifica y limita.

CAPITULO II.

DE LA PROPIEDAD.

SECCION I.

EXÁMEN FILOSÓFICO DE LA PROPIEDAD.

§ I.

Fundamento de este derecho.

ARTÍCULO 1.°

De la propiedad como idea universal.

Pudiéramos haber omitido este exámen sin menoscabo de nuestra obra, una obra de derecho civil mas bien práctica que

teórica. Con dejar hablar á los códigos, que son la manifestacion del derecho en todos los tiempos, basta para conocer que la propiedad reune los requisitos que producen la estabilidad y aseguran el respeto de sábias instituciones, la tradicion y la ciencia, la razon y la historia.

Como sentimiento, ninguno es mas natural: tiene el hombre la conciencia de sus actos, la propiedad de sus satisfacciones, si es feliz; y cuando es desgraciado, tiene y debe tener la propiedad de sus lágrimas. Bueno que los filósofos resistan ciertas hipótesis, ¿pero cómo se vuelven contra una verdad de intuicion?

Si la ley es la espresion de una necesidad social, la propiedad debe ser objeto predilecto de la ley. Asi es la verdad, la vemos siempre y donde quiera que ha existido un pueblo culto; si alguno la ha desconocido, y para eso como acontecía en Esparta, por haber negado tal principio, hombres privilegiados esplotaban la condicion servil de los ilotas; nada significa esta escepcion de un pueblo diferente de todos por sus costumbres. Los judíos reconocieron la propiedad; muchas de sus leyes, sin esceptuar las que establecian el jubileo y el año sabático, tenian por objeto proteger las fortunas particulares. Atenas, la nacion mas civilizada de Grecia, profesó igualmente el dogma de la propiedad individual, habiendo entregado al ridículo de Aristófanes y á la impugnacion severa de Aristóteles la república de Platon, que la posteridad mira como un sueño del gran filósofo.

En Roma hubo propiedad particular, consistiendo ó en grandes ganados ó en vastos territorios; las leyes de todas sus épocas lo confirman, y si ofreciese reparo un hecho que pasa por general, no hay mas que registrar la historia de las leyes agrarias, requeridas y publicadas con el solo fin del repartimiento de las tierras.

Los pueblos bárbaros conocieron la propiedad en cuanto lo permitian sus necesidades, pero prescindiendo de sus costumbres en el largo período de su vida errante, estudiándolos como se presentan en la historia desde que formaron nacion,

se ve que el sentimiento de la propiedad debia de ser poderosísimo en esos pueblos, que principian su conquista apoderándose de la mayor parte de las tierras de los vencidos, y que, con el apego al terreno y el carácter que imprimen á la propiedad territorial, dan algun tiempo despues de su dominacion, causa y orígen al feudalismo.

Lo que haya sido la propiedad desde aquella época, no hay para que decirlo; presente está su historia en la tendencia á la desamortizacion, cuyas ventajas, quizás exageradas, se hacen consistir en distribuir la propiedad, aumentando el número de los propietarios. Es poco frecuente que los filósofos hayan dado ejemplos de sentido práctico, pero ¿cómo si no fuera un iluso, el filósofo que hace alardes de un positivismo ciego, habia de estrañar que «Bonaparte que en otras cuestiones dió tanto trabajo á sus legistas, nada tuviese que decir sobre la propiedad?» No fueron siempre imparciales los legisladores del año 93, y sin embargo, enmedio de su escepticismo, que les hubiera conducido á negar á Dios si no hubieran convenido en votar su existencia, contaron á la propiedad entre los derechos naturales é imprescindibles del hombre. Y todavía pregunta Proudhon ¿qué método siguieron aquellos legisladores para hacer esta numeracion? No es lo mismo la mania de filosofar que el arte difícil de regir los pueblos. Para sostener peligrosas teorías no hay mas que prescindir del buen sentido. El legislador no sería digno de este nombre si se obstinase en resistir el doble influjo de la razon y de la historia, que le advierten cómo ha de usar el poder que la sociedad ha depositado en sus manos.

Pero la propiedad es mas que un simple hecho, vamos á ver su fundamento racional, su fundamento filosófico.

Artículo 2.º

De la ocupacion como fundamento de la propiedad.

No se concibe este principio sin la concurrencia de dos supuestos: el primero, la comunidad de los cosas ó sea la cuali-

dad apropiable de las que carecen de dueño; el segundo, la obligacion de los demás á respetar al primero que hallando vacante una cosa se ha apoderado de ella. Eso nos parece que quiso decir Ciceron cuando comparándole á un teatro, añadió: *quemadmodum theatrum cum commune sit, recte tamen dici potest ejus esse eum locum, quem quisque occupaverit.* A esta aquiescencia solo ha podido llegarse por un acuerdo general, y véase la convencion sirviendo como de tercer término para fundar aquel derecho. Por este modo de discurrir se enlazan los antiguos con los modernos tiempos, se ha llegado á reunir los nombres de Ciceron y de Grocio. Analicemos: los jurisconsultos romanos no se propusieron establecer teorías sobre la propiedad, nada pudo estar mas lejos de su ánimo que inquirir el fundamento de un derecho que tuvieron por esencial. La propiedad esplicada por la ocupacion, carece de base; lo que ellos dijeron, lo que en los códigos dejaron escrito, fué que la ocupacion es un modo de adquirir la propiedad, no que constituya el derecho de propiedad: *quod enim nullius est, id ratione naturali, ocupanti conceditur* (Digesto, lib. XLI, tít. I, frag. 3.º). La palabra *natural* está usada segun la tecnología de aquel derecho, para distinguir este modo de otros establecidos por la ley.

El pretendido estado de comunidad no es tampoco un supuesto mucho mas aceptable. La primitiva comunidad de bienes es una idea paradójica. De ella se abusa atribuyendo á la tierra una facultad comun al género humano, pero cuyo ejercicio es y tiene que ser siempre individual. Sistema que busca su apoyo en una hipótesis, y que puede ser objeto de una falsa interpretacion, no es buen sistema. Nos creemos autorizados para repetir las elocuentes palabras de Portalis con ocasion del debate del correspondiente título del Código Francés: «desconfiemos de los sistemas, cuyos autores parece haberse propuesto hacer de la tierra la propiedad comun de todos, para tener el pretesto de no respetar los derechos de nadie. Remontándonos á la cuna de las sociedades nos persuadiremos que ha habido propietarios desde que hay hombres. ¿El salvaje, por ventura, no es dueño de los frutos que ha recogido para su

alimento, de las pieles ó de las hojas que le protejen contra los rigores de la intemperie, del arma que lleva para su defensa y del espacio en que ha construido su modesta cabaña? En todos los tiempos y por todas partes se encuentran vestigios del derecho individual de la propiedad.»

Respecto á la convencion, destituida de todo fundamento, es incapaz de prestarle á una comunidad que no ha existido, y á una ocupacion falta de toda garantía, si solo reconoce por base el hecho material.

Los que sacan partido contra la propiedad, de una frase graciosa, pero infielmente interpretada, no pueden desconocer lo que vale en los labios de un orador cualquiera metáfora, mas á propósito para comprender una idea que para espresarla. Para nosotros es una metáfora, y no un sistema, el dicho de Ciceron; pero aparte el mérito de la oportunidad, que dejamos integramente á su autor, hemos dicho y repetimos que no pudo usarla con la inteligencia que se le da. ¿Por dónde esa plaza que cada cual ocupa en el gran teatro del mundo ha de ser una plaza poseida y no una plaza apropiada? Ciceron no dijo eso: no podia decirlo. Bástale al hombre un sitio en el teatro que solo brinda con un espectáculo. ¡Ah! La vida es otra cosa: la necesidad, que nos aguijonea con sus estímulos, verdaderos y falsos, inspira al alma mil deseos, aunque no tenga tres cuerpos, como *Gerion*, y la hace ocupar diferentes lugares, sin que sea un mágico como *Apolonio*.

Artículo 3.º

El trabajo.

Aunque no mas se considere que al hombre se le impuso el trabajo como pena, pero que despues de su caida es el recurso que le queda para vivir, bastaria para perdonar el interés que inspira este sistema, porque cualquiera diria que el trabajo, que es una necesidad, ha de ser un derecho. ¡Ah! Pocos principios son malos en absoluto: es el hombre el que

tiene la habilidad de comunicar sus debilidades y sus miserias á todo lo que toca. Algo de esto se nos figura que pasa al fundar el derecho de propiedad en el trabajo: esa palabra, que ha llegado á ser la fórmula de toda una organizacion social, que mas que una palabra en la ciencia, es el lema de una bandera en el órden político. Basta esa indicacion para que examinemos despacio este sistema.

La teoria del trabajo, cuando se le ha llamado solo especificacion en las obras que han empleado inocentemente esta palabra para decir que el hombre no apropia lo que ocupa, sino lo que trasforma, lo que utiliza; esa teoria, sencillamente espresada, si no era satisfactoria, no era peligrosa. El hombre no puede ser egoista: nacido en sociedad, consiente las limitaciones que la sociedad le exige. Un caminante, viajando por los mares, toma tierra en una isla desconocida, donde jamás planta humana puso huella: ¿no seria un error que este hombre pretendiera para sí, que se arrogase esclusivamente la propiedad de un suelo que de nada le sirve, como no sea para empeñarle en una lucha desigual con la naturaleza agreste? Pues bien: el sistema, limitado á ofrecer á otros la participacion de ese terreno, y que les declara dueños de una riqueza comprada á precio de su trabajo, es natural y no peligroso; es natural, porque la actividad individual es un elemento de adquisicion; no es peligroso, porque se supone que el hombre emplea su inteligencia y su industria en cosas que carecen de dueño, de las cuales puede decirse que esperan el esfuerzo humano para adquirir valor. Pero hoy se hacen del principio distintas aplicaciones: muchos publicistas, tanto quieren enaltecer el trabajo, que no contentos con llamarle santo, lo cual, ó es una blasfemia, ó una insensatez, le consideran como única y verdadera causa de apropiacion. Esto es lo peligroso, y esto es lo absurdo.

Esa aspiracion ha sido atacada en brecha por Proudhon, si no con buenas armas, con sofisteria proporcionada á la del sistema. Por eso nos duele verle sostenido por ilustres escritores, sin escluir á Thiers, que despues de hacer el elogio de

la propiedad, no ha sabido darle mas apoyo que la debilidad de nuestro trabajo, la insuficiencia de nuestros sudores.

Imposible es que hallemos el vacio de este sistema donde le descubre Proudhon: nos separa un abismo en los principios: nuestros argumentos ni una sola vez pueden ser comunes. Dirigiéndose al propietario, le pregunta: « Dices que has trabajado; pero ¿qué hay de comun entre el trabajo, al que tu deber te obliga, y la apropiacion de las cosas comunes? ¿Ignoras que el dominio del suelo, lo mismo que el del aire y de la luz, no puede prescribirse? »

Aquí hay un sofisma: el trabajo por sí solo no da la propiedad de las cosas: cierto; pero las cosas son diferentes segun sus condiciones de apropiacion; ¿cómo se ha de comparar la luz con el suelo? Hemos sostenido la division de las cosas, una division que vemos hecha en todos los Códigos del mundo; pues bien: si hubiera incompatibilidad en ser filósofos y hablar como juristas, desde luego preferimos la razon madura de las leyes á la insensatez de una filosofía trastornadora.

Debemos honrar el trabajo, mas no atribuirle propiedades de que carece. El error de esta palabra le encontramos en haberle dado una estension que no tiene. El trabajo es un esfuerzo costoso á la actividad humana, indispensable para satisfacer una necesidad. Un libro santo, el primer libro del mundo, hizo esta definicion, que los sufrimientos del género humano en todos los siglos han venido á confirmar. Pero ¿cómo del trabajo, impuesto al hombre por castigo, ha podido nacer la idea de la propiedad? El trabajo y la propiedad, ¿son por ventura la misma cosa? Esta es la pregunta. Abolida la esclavitud, falta materia para una distincion que en Roma y otros pueblos llegó á ser usual. Ya no nos aprovechamos de las obras de nuestros siervos: el trabajo es libre como el hombre: el industrial y el sabio se procuran con él la satisfaccion de sus necesidades. Pero lo que se emplea como medio, ¿puede ser causa y derecho de apropiacion? No: es un error decirlo asi: el derecho lo constituye la personalidad, y

precede al empleo de las fuerzas intelectuales ó físicas, del mismo modo que las vitales preceden á los alimentos y esperan la cantidad necesaria que han de elaborar.

La teoría de la apropiacion por el trabajo es mezquina; ¿á quién dejará satisfecho el capítulo XII que á este objeto dedica Thiers? ¿Cómo seria admisible aunque para su esplicacion empleáramos las doctrinas de Bastiat? Y se nos perdonará que citemos los dos nombres, pues creemos tener motivos para aproximar sus doctrinas.

Thiers encuentra perfectamente natural que uno se haga dueño del terreno que ha reducido á cultivo, que ha cercado, que ha plantado, que ha regado; como encuentra justo que si otro, sospechando que hay allí una mina, se autoriza para la esplotacion, se haga dueño de los metales que á fuerza de sacrificios ha logrado estraer de las entrañas de la tierra. No encuentra argumento alguno que oponerse, porque para nosotros no lo es el que se hace sobre las fortunas moviliarias y otras adquiridas por malas artes; y de toda suerte, para salir de un apuro, siempre tiene á mano el recurso de la prescripcion.

En las obras de Bastiat, la idea está seguida con una lógica verdaderamente matemática; pero francamente, despues de admirar muchas veces el método, el ingenio y hasta el estilo del escritor, viendo cómo define la propiedad, nos ha ocurrido pensar que se ha propuesto esplicar un hecho con una abstraccion, como si dijéramos: satisfacer el hambre con un silogismo.

Rectificando lo que él cree un error de los economistas, niega que los agentes naturales tengan un valor que les sea propio. Con solo distinguir la idea utilidad y valor, cree haber resuelto el problema; y lo cree tanto, que dirigiéndose á los propietarios les apostrofa en estos términos: «Se dice y vocifera que la fortuna acrecentada por vosotros para asegurar un ligero descanso á vuestra vejez, pan, instruccion y carrera á vuestros hijos, lo habeis adquirido á espensas de vuestros hermanos; se dice que, como colectores ávidos, habeis hecho

pagar bajo el nombre de propiedad, interés, renta, alquiler, un impuesto sobre esos dones... No; no habeis interceptado los dones de Dios; los habeis recogido gratuitamente de las manos de la naturaleza; es verdad; pero tambien los habeis trasmitido gratuitamente á vuestros hermanos sin reservaros nada. Ellos han obrado de la misma suerte para con vosotros, y las únicas cosas que han sido compensadas recíprocamente son los esfuerzos físicos ó intelectuales, los sudores difundidos, los riesgos arrostrados, la habilidad desplegada, las privaciones aceptadas, la pena sufrida, *los servicios recibidos y devueltos» (Armonias, p. 23, etc.).*

La propiedad, segun este autor, queda reducida al valor de los servicios cambiados: el dueño de un terreno no saca de él mas que los productos equivalentes á los esfuerzos de todo género que en él ha puesto, única cosa que se llama valor y que es susceptible de la propiedad: los dones naturales, los materiales gratuitos, las fuerzas gratuitas, son del dominio de la comunidad, y como la tendencia incontestable del hombre se dirige á gozar la mayor satisfaccion posible con el menor trabajo posible, es decir, á obtener con el menor esfuerzo la mayor utilidad, hé ahí por qué establece el siguiente teorema: « La mision de la propiedad, ó mas bien del espíritu de propiedad, es realizar de mas en mas la comunidad. »

No debemos insistir en estas investigaciones, pero poco se necesita para comprender toda la trascendencia de semejante teoría. Habríamos agradecido á su autor que fuese menos filosófico, con tal de que hubiera sido algo mas práctico. Tomando la palabra en el uso comun, que es el que le da el vulgo, es evidente que muchos territorios representan mayor valor que el de los servicios cambiados; de modo que, si eso no mas constituye la propiedad legítima de sus dueños, no siendo imposible calcular la importancia de los desembolsos en una ó dos generaciones, puede obligárseles á restituir sin darles motivo para quejarse de que hayan sido desapoderados. La perpetuidad, que es un elemento del dominio, se refiere al valor de los servicios, únicos bienes de que los hombres son

propietarios, nunca al valor del suelo que no ha salido de la comunidad.

No es esto todo lo que se podia decir del esfuerzo para remediar una necesidad, que es la mas exacta definicion del trabajo; pero sobra con lo espuesto para conocer el peligro de la apropiacion, que bajo una ú otra forma se hace consistir en el trabajo, y que se aprecia, como es natural, por la mayor ó menor magnitud del esfuerzo. Se nos dirá que se atiende á la calidad y no á la cantidad, pero la verdad es, que en la vida no corresponden las ganancias á los esfuerzos, y que muchas horas de un trabajo insoportable, no le dan al jornalero la propiedad de una mina, aunque sí pingües ganancias á su señor. Dentro de la ciencia, aun sin acudir á la religion, que es la nivelacion de todas las desigualdades, hay que buscar un principio mas alto que convenza á cada cual de que solo tiene derecho á lo que posee, y que acabe de una vez las quejas de los mal contentos, que no son, en verdad, los que mas se distinguen por su aplicacion.

Artículo 4.°

La ley.

Los jurisconsultos de los últimos tiempos son los que principalmente han considerado á la ley como el origen de la propiedad. Confunden el derecho con la ley que le confirma, y se hacen eco de todos los códigos que la establecen. Su error está completamente manifiesto: consiste en que resuelven en el terreno de la ley una cuestion que han debido tratar en el terreno de los principios. Y ese error no admite disculpa solo porque en él hayan incurrido escritores tan eminentes como Montesquieu y Benthan: ni el uno ni el otro han tratado á fondo la cuestion: no convenia al plan de su obra entrar en ciertas especulaciones, pero aun asi tampoco debia esperarse otra cosa del autor del *Espiritu de las leyes*, y del que funda en la utilidad el principio de derecho. Aunque por diferentes

caminos los dos son igualmente prácticos, y les era muy cómodo desembarazarse de una dificultad teórica consignando un hecho que es constante en la vida de los pueblos, que veian uniformemente reproducido en la letra y el espíritu de sus leyes.

El pensamiento de Montesquieu está compendiado en las siguientes palabras con que principia el capítulo XV del libro XXVI: «así como los hombres han renunciado á su independencia natural para vivir bajo las leyes políticas, han renunciado tambien á la comunidad natural para vivir sujetos á las leyes civiles. Las primeras de estas leyes les adquirieron la libertad, las segundas la propiedad.» Conviene con los escritores de derecho natural en suponer un primer estado en el que los bienes fueron comunes, y funda sobre la renuncia de ese estado la propiedad que debe su origen esclusivamente á las leyes civiles.

Benthan es en esta cuestion menos esplícito que en otras: se le ha criticado, quizás no sin fundamento, de que emplea una oscuridad estudiada. Nosotros notamos ese mismo defecto en cuanto se refiere al fondo del sistema, ó si se quiere, por la pobre idea que hace concebir de la propiedad, considerándola como *una base de esperanza;* pero no respecto al fundamento de ella que consigna en términos bien claros: «Procurando, dice, averiguar la nocion exacta de la propiedad, veremos que no hay propiedad natural; que es únicamente obra de las leyes. La idea de la propiedad consiste en una esperanza establecida en la posesion de poder sacar tal ó cual ventaja de la cosa segun la naturaleza del caso. Ahora bien: esa persuasion, esa esperanza no pueden ser mas que obra de la ley Yo no puedo contar con el goce de lo que miro como mio, sino bajo la promesa de la ley, que me lo garantiza. La ley sola me permite olvidar mi debilidad natural..... La propiedad y la ley han nacido juntas y morirán juntas. Antes que hubiese leyes no habia propiedad; quitad las leyes, y toda propiedad acaba.»

De una en otra idea ha parado Benthan en una conclusion

aceptable bajo todos los sistemas: en los principios de un escritor que considera á la ley como base de todos los derechos, tiene esplicacion el que confunda la causa de la propiedad con la que es su garantía. Los que no participen de sus teorías no pueden tomarle por modelo. ¿Qué habia de suceder? ¿Dónde habia de fijar el fundamento de la propiedad este escritor que niega el derecho natural? ¿Quién se atreve á decir cómo habria considerado la propiedad, si hubiese admitido este derecho?

Hé aqui lo que hace su impugnacion difícil y á la vez innecesaria. ¡Desgraciados de nosotros si todos los derechos dependieran de la ley, si no hubiéramos de tener otros que los que se suponen nacidos de la ley! Porque el derecho precede á la ley, por eso es justa. Necesario es repetir que la ley será la espresion, será la garantía del derecho, nunca su causa. No sería posible llamar buenas ó malas las leyes reguladoras de la propiedad sin un derecho anterior que les sirva de norma. Careciendo de esa base la propiedad, no sería diferente en el Mogol que en otro pueblo civilizado.

Artículo 5.º

La convencion.

Este sistema es el mas complicado, porque en él refluyen muchos otros sistemas, y porque hijo de una ficcion, admite las combinaciones y los variados accidentes de todas las hipótesis. Siendo el mas sencillo y el mas irrevocablemente juzgado por la opinion, seria el de mas difícil estudio, si nos propusiéramos desenvolver todas sus formas desde las mas abstractas en las obras de los últimos filósofos, hasta las mas positivas en los decretos de los primeros revolucionarios. No es exageracion: ese sistema de un génio vigoroso, sin mas autoridad que la irresistible persuasion de su autor, ha venido al mundo para trasformarlo y trastornarlo todo. Nos importa poco que sus conclusiones sean rigorosamente lógicas, si todas han sido en la práctica eminentemente funestas.

Todos los pueblos han reconocido la propiedad, pero por general y por antiguo que haya sido éste acuerdo, no habrian hecho buena esta institucion, si fuese mala; no habrian autorizado este abuso, si la propiedad lo fuese; no habrian creado, no habrian, en una palabra, justificado la propiedad. Si la propiedad no tuviera otro fundamento que ese convenio, tentados estábamos para decir con Proudhon que aunque semejante convenio tuviese por redactores á Grocio, Montesquieu y Rousseau, y se hallase revestido con las firmas de todo el género humano, seria nulo de pleno derecho, y sus efectos ilegales.

Rousseau es un escritor peligrosisimo; mas que por su génio, que era grande, y mas que por su estilo, que es original, por su intencion, que ha sabido disimular con aparente sincerldad las mas absurdas teorías. Poco hay que fiar de las investigaciones de este autor, que en el discurso acerca del orígen de la desigualdad de condiciones, dice, hablando de la propiedad: « tal fué, ó debió ser el orígen de las leyes que pusieron nuevas trabas á los débiles, y dieron nuevas fuerzas á los ricos, destruyeron para siempre la libertad natural, fijaron perpétuamente la ley de la propiedad, y de la desigualdad de una mañosa usurpacion, hicieron un derecho irrevocable, y para la utilidad de algunos ambiciosos, sujetaron en adelante á todo el género humano al trabajo, á la servidumbre, á la miseria.» Las frecuentes contradicciones en que incurre en su *Emilio*, encubren mal la aversion que profesaba á ese principio: ni hay para qué estrañarlo: en el discurso, antes mencionado, cuando se muestra mas esplícito en favor del derecho, le presenta de la manera mas á propósito para hacerle odioso. «El primero que habiendo cercado un terreno, se acordó de decir «esto es mio» y halló gentes bástante sencillas que le creyeran, fué el verdadero fundador de la sociedad civil.» Qué de crímenes, guerras, asesinatos; qué de miserias y horrores no habria evitado al género humano, el que destruyendo esas cercas hubiera gritado á sus semejantes: « sois perdidos si olvidais que los frutos son de todos, y la tierra de nadie...»

Estos precedentes dejan poca esperanza para hacerse ilusiones acerca de la bondad del sistema. La convencion, que es impotente para esplicar el fundamento del derecho, tampoco sirve para dar idea de la propiedad. Ninguno de los supuestos sobre que descansa es seguro; ninguna de las consecuencias que de él podrian deducirse, es aceptable. No hay el menor vestigio de ese pacto, ni testimonio de ninguna clase que pruebe su celebracion; y aunque se le considere como otra de tantas hipótesis empleadas por la ciencia para esplicar un principio; ninguna hipótesis seria mas inverosimil que esta que se vuelve en daño de los sócios, que deja á la gran mayoría en la clase de desheredados, que hace de la propiedad, segun él dice, una mañosa usurpacion de pocos ambiciosos.

Sobre esta base se han presentado nuevas teorías, cuyo desenvolvimiento no puede ser el objeto de esta obra. Para repetir el juicio que Arhens forma de las últimas elucubraciones de Kant, Fichte y su escuela, necesitaríamos considerar tan anómalo este principio, que no se pudiera concebir y menos todavía sostener sin las abstrusas distinciones de estos filósofos. Por fortuna es muy distinto á nuestro modo de ver: quizás la costumbre de analizar las leyes, ha sido causa de que pierda á nuestra vista su misterio una institucion con la que estamos familiarizados desde la primera leccion del Derecho.

Artículo 6.º

La propiedad es un derecho natural.

Usamos esta palabra sin temor de que se nos reproche su elasticidad: se ha abusado mucho de ella: es posible que haya servido para salir del paso cuando se ha querido esplicar lo que no se entiende. Pero ¿hay cosa que se entienda mejor que la propiedad? ¿Hay un sentimiento que sea mas universal? ¿Hay nada mas conocido que ese instinto secreto que nos adjudica la propiedad de nuestros deseos, de nuestras obras,

que nos impele á separar y reconocer los actos, los deseos que realizan la propiedad ajena? Ni bajo las impudentes negaciones de Proudhon; ni bajo el plan de una metafísica rigorista en Kant, lo *tuyo* y lo *mio*, estas palabras que esteriorizan el derecho de propiedad, reciben esplicacion mas natural que bajo las inspiraciones de la propia conciencia.

Considerada sugetivamente la propiedad, abarca las facultades que constituyen su ser; es el elemento que completa su personalidad: lejos de que sea un error ese modo de considerar la propiedad en el individuo, en él reside este elemento; es fuerza buscar en él ese derecho, como se busca el de su libertad, el de su seguridad. En sus mismas facultades se descubre el origen y la independencia de este derecho: la propiedad sobre el mundo físico es el desenvolvimiento necesario de la libertad: sin la propiedad seria nulo su poder. Esta idea de Lerminier es exacta, y admite igual esplicacion que la que ha dado el representante de la escuela histórica, el célebre Savigni. El hombre no seria libre en frente de la naturaleza si no tuviera el derecho de dominarla: ese derecho, que no es otra cosa que la estension de la libertad individual sobre los objetos esteriores, es lo que constituye el derecho de propiedad.

La nocion de la propiedad se relaciona con la idea general del derecho en cuanto si este constituye el conjunto de condiciones indispensables para el desarrollo del ser inteligente, es imposible ese fin sin el concurso de la propiedad. Por ella se considera árbitro de sus pensamientos, capaz de moderar sus deseos, dueño de sus fuerzas; por ella siente amor á la gloria, tiene la satisfaccion de sus virtudes y la conciencia de su aptitud; por ella triunfa de la naturaleza, y despues de haber dominado la tierra y de haberse enseñoreado de los mares, reconoce que no en balde se le ha llamado el rey de la creacion. Sin ese derecho, que asegura al hombre la propiedad de sus conquistas, limitaria el concepto de su personalidad, porque habria desconocido los atributos de su poder.

Como hasta aquí no vemos mas que la propiedad individual,

al hombre propietaro, pudiera creerse que esta es una concepcion egoista, antisocial; pero no; todo lo contrario: la propiedad, como las grandes concepciones del derecho, se realiza en el mundo, y tiene desenvolvimiento mas natural en la sociedad que en el individuo. La propiedad es ley general para todo el ser que siente y piensa, porque la necesidad, que es la primera condicion del trabajo, es compañera inseparable de la especie humana.

Los derechos, porque se individualicen, no se destruyen: la propiedad existe como derecho de todos; ninguno es ni mas ni menos propietario que otros. Fuera de la única, pero necesaria limitacion, que sufre el derecho de cada cual en la concurrencia de otros similares, todos tienden á realizar ese grande esfuerzo que ha sido necesario para asegurar á la humanidad el dominio del mundo.

Es empequeñecer la nocion del derecho de propiedad achacarle el origen de ciertas desigualdades, atribuirle la causa de ciertos abusos. No teniendo un argumento sólido que oponer al principio, se desciende á la aplicacion, y se culpa y se estigmatiza á la propiedad considerándola causa de todos los males. ¡Error funesto! No es la propiedad la que produce la distincion entre pobres y ricos, como tampoco la salud es causa de que unos estén sanos y otros enfermos: el derecho es independiente de esas distinciones, que se esplican por causas estrañas, causas ignoradas, como todas las que constituyen la desigualdad; ¿por qué es un hombre mas robusto, ó de mas talento, ó de mas fortuna? Se podria acusar á los Gobiernos de abuso, se podria acusar á las leyes de injusticia, si dividiendo la sociedad en clases, de la misma manera que un dia se llamó á los hombres libres y esclavos, y eso que la libertad es un derecho natural, se distinguiese á los ciudadanos en pobres y ricos, á pesar de ser la propiedad un derecho comun; pero eso, si se ha hecho en algun pueblo, es una aberracion que confirma el principio: el pobre mas pobre tiene todas las condiciones de un alto potentado para gozar un dia despues de su misma opulencia: la pobreza de-

nota un estado, pero no revela una incapacidad : la propiedad es un derecho porque es un principio de igualdad. Y volvemos á repetir: ¿qué son las desigualdades respecto del principio? Nada. Abiertas están las fuentes de la riqueza pública, y semejantes á las aguas de un rio, ni pierden su curso ni escasean sus beneficios porque los accidentes del terreno hagan que remansen en unos puntos, que pasen por otros veloces y bulliciosas.

No confundamos las cosas; no pervirtamos las ideas: si se quiere desacreditar el principio para dar apariencias de legalidad á un despojo, dígase claro. Pero ¡ ay de la paz de los Estados! ¡Ay de la suerte de las familias si nos fuera lícito traer á residencia los hombres, las cosas y las instituciones de otros siglos! De las injurias que ha causado el tiempo, nadie es mejor juez que el tiempo.

El equilibrio de la propiedad se restablece por sí mismo; es un fenómeno demasiado importante en la vida de los pueblos para que no tenga leyes precisas y sagradas que eviten sus inconvenientes, que aseguren su regularidad. Las trasmisiones de toda especie, en vida y por causa de muerte, á título gratuito y á título oneroso, teniendo en continua movilidad la riqueza pública, son las grandes palancas que animan á esa vida inerte, y que por distintos medios y en distintas proporciones cada cual asimila á sus necesidades, apropiándola en cuanto le es preciso, casi de igual suerte que se apropia la luz, el calor, el aire.

Artículo 7.°

Falsedad de los sistemas comunistas.

Tememos defraudar la esperanza de nuestros lectores: este epígrafe es en nuestra obra un simple corolario. Le escribimos á la cabeza de este párrafo, no para esplicar esos sistemas: eso no nos pertenece: nos valemos de él como nuevo argumento en apoyo de la propiedad, solo en cuanto conduce á

demostrar que el desconocimiento de este principio es origen de grandes errores, que no se abandona un camino seguro, sino para dar en un abismo; que los beneficios de la propiedad en tantos siglos se realzan por el malestar que ha producido el solo anuncio de estos sistemas en pocos años. Y decimos solo el anuncio, contrayendo la idea, porque genios visionarios, filósofos soñadores han existido siempre; mas ¿qué influencia han ejercido, qué temores han causado la República de Platon, la Utopia de Tomás Moro, la República del Sol de Campanela, y aun el plan de Salento de Telémaco? ¡Ah! esas utopias, por emplear la palabra que caracteriza á semejantes invenciones, constituian una de esas originalidades tan propias del entendimiento humano, de las cuales solo toma conocimiento la ciencia, ó para admirar el ingenio, ó para aplaudir la candidez de su autor. No han sido tan inocentes los modernos sistemas comunistas: encarnados en la idea revolucionaria, han producido y aprovechado recientes trastornos para adquirir la autoridad que dá la fuerza de las masas. Podemos responder de esta observacion, que el lector hallará desenvuelta en el cap. I del libro sobre la propiedad de Thiers, en el pár. 26 y siguientes, lib. VI, de la Revolucion de 1848 de Lamartine.

¿Y cómo sin estas causas se esplica que hayan podido prevalecer sistemas abiertamente contrarios á nuestra naturaleza? ¿sistemas cuya realizacion es imposible, ó solo se consigue anulando la personalidad humana? Estos son los primeros efectos, aunque no los únicos males, de esos sistemas inventados como la panácea de todos los dolores, que aquejan á la malaventurada descendencia de Adan.

Luis Reibaud empleó en 1835 la palabra socialistas, para designar la infinidad de sectas que pululaban en Francia. Nosotros no hallamos motivo de preferencia entre todas ellas; y, al contrario, les hallamos tantos puntos de contacto, que no tendríamos inconveniente en aplicarles un nombre comun. Pero se ha convenido en distinguir á los comunistas y á los socialistas: es mas, al paso que el comunismo se toma por una

aberracion, se pretende descubrir en la escuela socialista elevacion de sentimientos; cuando la diferencia puede ser tan esencial, razon es hablar de estos sistemas por separado.

Al grupo de los comunistas pertenecen San Simon, Fourrier, Roberto Owen, Pierre-Lerroux, Cabet, etc. En el segundo, se cuentan como los principales, Luis Blanc, la escuela positivista de Augusto Comte, Proudhon, etc. El Sansimonismo se anuncia pidiendo la destruccion de los privilegios del nacimiento; entre ellos la propiedad y la herencia: su máxima fundamental es: «á cada uno segun su capacidad, á cada capacidad segun sus obras.» Todas sus teorias sobre propiedad, prescindiendo de la parte religiosa, se encierran en la comunidad: la única propietaria del suelo de los trabajos, y aun de los capitales, y que atribuye á cada uno, segun su capacidad, el fundo destinado al cultivo, dejándole los frutos como premio del trabajo.

Sobre esta base, aunque sin participar de las estravagancias del anterior sistema en la parte religiosa, desenvuelve su sistema Roberto Owen, el reformador de la colonia de New-Lanark, del cual dice el autor de la Historia del Comunismo, que sus esfuerzos generosos le colocan á grande altura como filántropo, aunque la moral utilitaria y la tendencia materialista de su sistema impiden aplaudir su pensamiento.

El sistema de Fourrier, el inventor de los falansterios, es bien conocido: su máxima es «á cada uno segun su capital, su trabajo y su talento:« su sistema de perfecto comunismo se habia de realizar dentro de una asociacion, especie de convento de hombres y mujeres.

El sistema de Cabet, en su soñada *Icaria*, y el de Pierre-Lerroux, combinacion ó mezcla de las doctrinas sansimonianas y del sistema de Luis Blanc, convienen en el mismo principio de absorcion que caracteriza al comunismo; plan de organizacion social, que arrastrando inevitablemente y bajo todos los aspectos la vida en comun, es la negacion absoluta del individuo, estingue toda aficion al trabajo, y destruyendo la propiedad, á la cual está intimamente unida la familia, des-

truye á esta por completo y acaba los nobles sentimientos del alma: conclusiones llevadas al último grado de evidencia por el autor del libro de la *Propiedad.*

El socialismo es, si cabe, idea mas completa; se presenta bajo la forma de asociacion, de reciprocidad, ó del derecho al trabajo. La base de este sistema es un error, porque error es y grande, suponer antagonismo entre el capital y el trabajo, sublevarse contra la que se llama tirania del capital; su aspiracion es una quimera, porque quimera es y grande, pensar que admiten remedio las desigualdades en el mundo, que todos hemos nacido para ser poderosos magnates. ¡Ah! los fundadores de estos sistemas darian pruebas de que les interesa verdaderamente la suerte de las clases trabajadoras, si en vez de ofrecer falaces esperanzas que escitan los deseos y aumentan el mal estar, tratasen de reconciliar á cada uno con su estado, acostumbrándolos á la obediencia y á una prudente resignacion.

Ni los Gobiernos son tan insensatos, ni la sociedad es tan cruel que no procuren por lícitos caminos el sustento de los pobres. La civilizacion por sí sola ha producido grande aumento de felicidad general, sin autorizar el despojo ni producir los horrores de revoluciones violentas. Desgraciadamente en tales circunstancias y casi por estos medios se ha hecho el ensayo, pero sin éxito, de alguno de estos sistemas. Está combatido en teoría y juzgado en la práctica el de Luis Blanc, que convierte al Estado en banquero de los pobres, á cuyo fin propone que se cree un Ministerio del Progreso, con encargo de formar y hacer el presupuesto de los trabajadores, á quienes se cuide de dar ocupacion en grandes talleres nacionales.

¿Y qué diremos de los proyectos de Proudhon? El ejemplo de este reformador acredita que es mas fácil destruir que no edificar, y sobre todo, que no se curan los males exagerándolos. ¿Qué consuelo ofrece á las clases menesterosas? ¿Qué inventa para reemplazar á la propiedad, que desea ver aniquilada, destruida? Podia haber evitado el escándalo de una definicion absurda para no ser mas afortunado en la solucion del proble-

ma social. ¡Y qué solucion! hacer el crédito gratuito, sustituir la posesion á la propiedad. Para hacer á la clase pobre el préstamo ó servicio que él imagina, seria indispensable concentrar en el Estado, único capaz de levantar esta carga, todos los recursos, todos los capitales. En época la mas favorable á sus ideas, desenvolvió esta teoría con el proyecto de su dichoso Banco, y las manifestaciones unánimes de una asamblea que no podia soportar tanta audacia, tanta insensatez, pudieron probar al autor que si es fácil desorientar á las turbas instintivamente inquietas, no lo es tanto arrastrar al absurdo la ilustrada opinion. La idea que pretende reemplazar la propiedad con la posesion, no merece siquiera el exámen; buen modo de buscar el progreso pretender que la humanidad retroceda á sus origenes. La posesion que aseguraba á nuestros primeros padres el dominio de la tierra, no nos garantizaria hoy las cosas mas precisas á nuestro sustento. Si prescindiendo del derecho, quisiéramos representar por una fórmula la propiedad como espresion de una necesidad en las modernas sociedades, la hallariamos en solo dos palabras: la necesidad y la concurrencia.

Artículo 8.º

Esplicacion de las palabras propiedad y dominio.

Para decir verdad, no se da idea filosófica de esta palabra en ningun código: tan natural, tan obvio ha parecido este derecho, que se ha creido innecesario esplicarle; solo se le ha definido en su ejercicio, al cual los antiguos romanos llamaron dominio; nuestras leyes de Partida, señorio. Y aqui viene bien examinar el sentido de estas dos palabras; ver si representan una misma idea, pues las dos se usan indistintamente en el Código Alfonsino. La ley 1.ª, tit. XXVIII, Part. III, usa de la palabra señorio, en equivalencia, segun hemos dicho, de dominio. La ley 27, tit. II, Part. III, define la palabra propiedad oponiéndola á la posesion, ó sea diferenciándola. Finalmente,

se ve que el legislador usaba como sinónimas la palabra propiedad y señorío; pues en la misma ley, y aun en la 10, título XXXIII, Part. VII, llama á la propiedad *señorío de la cosa*. Esta idea se repite tantas veces, que el comentador en la glosa 2.ª de dicha ley 27, se espresa así: «propiedad y dominio son una misma cosa; es sin embargo, de notar, que el dominio es término mas lato y general, pues comprende tanto el dominio directo como el útil; la propiedad solo y propiamente se toma por el dominio directo: *dominium est terminus magis latus et generalis, comprehendens tam dominium directum quam utile, proprietas vero solum capitur proprie pro directo dominio.*» Concluye encargando que en el escrito en que se ejercite la accion reivindicatoria por el dominio útil, no diga el demandante que le pertenece la propiedad, sino el dominio: *non dicas ad te pertinere proprietatem; nec ad proprietatem concludas, sed ad dominium.*

Esta dificultad era menos frecuente en Roma, donde se usó con preferencia la palabra dominio, pero eso no obsta para que los tratadistas de aquel derecho se ocupen tambien de ella. Vinio define el dominio: *plena in rem potestas, sive jus de re pro arbitratu statuendi.* Este derecho se llama propiedad, aunque en nuestro derecho se denota muchas veces por esta palabra la nuda propiedad, de la que está separado el usufructo: *quanquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur à qua scilicet usus fructus separatus est.* Añade que aunque antiguamente se aplicase la palabra dominio á las cosas corporales, luego se usó en sentido mas general para determinar el derecho por el cual una cosa nos pertenece: *et videntur veteres dominium proprie de re corporali dixisse ut tamen interdum largius eamdem vocem acceperint de omni jure quo res aliqua nostra est.*

Hemos consultado á Parladorio, y el autor de las *Diferencias* esplica la de estas dos palabras como Vinio: «el dominio es derecho casi siempre junto con el usufructo; la propiedad, al contrario, es derecho sin el usufructo, de donde procede el que se defina al primero diciendo: *dominium est jus de re corporali perfecte disponendi*» (*Rerum quotid.* lib. I, cap. IV).

No negaremos la oportunidad de estas distinciones; las ve-

mos hechas por respetables escritores; las vemos confirmadas por las leyes, y esto basta para que reconozcamos su exactitud y las miremos con respeto. Pero el derecho romano, de donde provienen, sufrió notables cambios que influyeron hasta en el lenguaje; por eso se nos figura que comprenderemos mejor la idea filosófica de la palabra, fijándonos con mas cuidado en su desarrollo histórico. Ortolan dice: *mancipium, dominium, proprietas,* son las tres denominaciones sucesivas que recibió el derecho de propiedad entre los romanos, y en solo estas tres palabras puede mostrarnos la filología, el carácter de cada una de las grandes épocas por las que pasaron la civilizacion y la legislacion de aquel pueblo. *Mancipium,* la espresion mas antigua corresponde á los tiempos en que la guerra, el botin y la lanza eran los medios de adquisicion por escelencia. *Dominium,* es posterior é indica la constitucion social de la familia. En cada casa *(domus)* se veia concentrada la propiedad, pues aun considerada como perteneciente en comun á la familia, reposaba únicamente sobre el cabeza de ella; nadie mas que él podia ser propietario, y en su persona se absorbian todas las individualidades. La última espresion es la de *proprietas,* que pertenece á un idioma mas moderno, al del tiempo de Neracio. Esta fué la época filosófica, la época de la invasion del derecho de gentes en el derecho civil; en ella quedó constituida la personalidad del hijo de familia; todos podian ser propietarios, no solo el cabeza, sino los hijos, y el derecho de propiedad se hizo individual, designándole con una palabra que indica sus efectos, *proprietas,* porque apropia la cosa á cada uno de los individuos y se la concede como propia suya enteramente» (ORTOLAN, *Gener. parte 2.ª, tit. 1 de los derechos*).

Dada esta esplicacion, aceptable en buena lógica, parece que no debemos insistir en esta diferencia; y aunque se tomen las dos palabras por sinónimas, ó aunque se use de la palabra propiedad como mas lata, mas genérica para espresar el derecho, y se reserve el dominio para representar su ejercicio, lo esencial es desenvolver los elementos, las facultades comprendidas en esta idea; que hagamos y analicemos su ver-

dadera definicion. Tambien este trabajo le encontramos hecho en los Códigos. Veamos de qué manera.

Artículo 9.º

Definicion jurídica de la propiedad.

Ley 1.ª, tít. XXVIII, Part. III. —*Señorio es poder que ome há en su cosa de facer della é en ella lo que quisiere, segun Dios é segund fuero.* Varios textos del derecho romano acreditan que los romanos formaron el mismo concepto del dominio; allí le hallamos definido: *Jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur. Unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat.* Mas como por exacto que se suponga el enunciado de una ley es difícil que reuna los elementos constitutivos de una buena definicion, los tratadistas de aquel derecho, agrupando los rasgos mas característicos del dominio, han formulado otra que le esplica en su naturaleza esencial y le describe por sus efectos: « Derecho constituido en cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella, y de vindicarla, á no ser que lo impida la ley, el convenio ó la voluntad del testador. »

La glosa de esta definicion confirma su exactitud, á la que no llegan otras mas modernas.

En cuantas definiciones han dado los Códigos ó inventado los autores, prevalece el pensamiento de hacer compatibles las facultades inherentes al dominio con las limitaciones indispensables para el uso prudente de las cosas.

El dominio, segun el Proyecto de Código, es: « Derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las que previenen las leyes y reglamentos. » Definicion que reproduce hasta en sus términos la del art. 544 del Código francés.

Ahora bien: si se la compara con la romana, es aquella preferible por ser mas completa, mas precisos, mas conocidos sus términos. En la palabra disponer encontramos repre-

sentados todos los actos que constituyen el dominio; á ellos se referia la ley de Partida al decir que pueda el dueño de una cosa hacer de ella ó en ella cuanto quiera; eso quiso representar la jurisprudencia romana cuando reunió en uno el *jus utendi, fruendi et abutendi.* Estos actos, bien comprendidos, no envuelven una idea irracional; no se prestan al absurdo con el que se ha procurado herir la santidad de este derecho. Usar y gozar son ideas diversas; la definicion ha debido separarlas; pero el abuso jamás puede constituir derecho: fijándose en esta palabra, se ha combatido la propiedad bajo pretesto de que autoriza hasta el uso inmoderado. Esto no es exacto: aunque el propietario puede abusar de las cosas, como sin ser el hombre dueño de la salud, por desgracia más de una vez abusa de ella, preferimos creer que la palabra *ab-uso* está usada en oposicion á la de *uso*, no para significar la dilapidacion, el desórden, sino para espresar el aprovechamiento que hace el dueño de sus cosas, destruyéndolas, cuando no puede usarlas, sin consumirlas; realizando de una vez todo su valor, cuando no puede aguardar los rendimientos naturales y la necesidad le obliga á capitalizarlos, vendiéndola. Entre las facultades del dueño resalta la facultad de vindicar: 1.°, porque envuelve la idea distintiva del derecho en la cosa; 2.°, porque es su palabra sacramental, su forma. En cuanto á las limitaciones, señalaron aquellas leyes tres: el derecho, el convenio y la voluntad del testador. En equivalencia de ellas parece haber dicho la ley de Partida *segun Dios é segund fuero.* Tienen estas palabras una generalidad poco accesible; por eso no nos satisfacen, ni aun con la distincion de que se vale el comentador para esplicarlas: *Vel quod dominia rerum sint de jure divino vel legali; vel quod ista verba referantur ad facultatem disponendi, ut sic non devietur á jure divino seu á jure fori seu legis* (glosa 2.ª). Es inútil que elijamos entre los dos conceptos; ninguno adelanta un paso al de la definicion romana, el cual es, á nuestro entender, mas propio: solo nos permitiremos rectificarle en una cosa: la ley y el convenio modifican ó limitan este derecho; y aunque se pudiera decir que la ley es la norma, y

refundir el convenio en la ley, pueden pasar las dos palabras: la tercera es mas impropia, por ser muy limitada; nos parece que en su lugar podia usarse otra mas general; por ejemplo, la de *trasmitente*, *donante*, ú otra.

Los derechos consienten justas limitaciones. Está declarado por sentencia de 24 de Febrero de 1855, que la facultad que tiene el dueño de una cosa de hacer de ella y en ella lo que quiera, no es tan absoluta que pueda obrar contra derecho ni en perjuicio y ofensa de los de un tercero. Asi como otra de 3 de Diciembre de 1857 declara: que es de esencia del dominio, que aquel á quien corresponde pueda disponer libremente de la cosa que le pertenece, cuando esta facultad no se halla restringida por la ley, por pacto ó por costumbre.

Siquiera estas ideas son triviales: de la propiedad definida en estos términos todo el mundo forma concepto. ¿No es esto mejor que perderse en un logogrifo de palabras, y sustituir un hecho conocido por una definicion ininteligible? Debemos confesar que hemos llegado á cobrar miedo á las definiciones, porque va siendo comun achaque negar lo que no se define. Esto pasa exactamente á la propiedad: cada definicion supone un sistema, y cada sistema constituye un absurdo. Lo mismo Proudhon que Bastiat, y no unimos estos nombres por compararlos, ¡cuánto no censuran algunas definiciones! ¿Pero el que sean mejores ó peores supone algo contra el derecho? ¿Habrá perdido el hombre algo de su dignidad porque se le haya antojado á un filósofo definirle: *implume bipes?* El jurisconsulto está libre de incurrir en error, pues debe mostrarse satisfecho de una definicion, que siendo obra de la ley, no es hija del capricho.

§ II.

De la estension y modificaciones del derecho de propiedad.

Artículo 1.º

De la accesion en general.

Nos interesa poco la cuestion debatida por los tratadistas romanos en cuanto al orígen de esta palabra. Aunque no se encuentra ni en los comentarios de Gayo, ni en el Digesto, ni en la Instituta, de ella se valen los autores para representar la estension y las condiciones del dominio. Con efecto, dice Benthan, no basta haber manifestado las razones que deben decidir al legislador á sancionar la propiedad: conviene examinarla detalladamente, observar los objetos que la componen, establecer los principios que deben gobernar la distribucion de los bienes en las épocas en que se manifiestan, á fin de que la ley les dé su justa aplicacion.

Una division escolástica, pero ingeniosa, contaba la accesion entre los modos naturales de adquirir: respetables escritores profesan todavia esta doctrina, y aunque cualquier método nos seria indiferente, nos parece mejor el que otros siguen, el que vemos usar en los códigos modernos. ¿Hay posibilidad de adquirir lo que ya se tiene? ¿Por qué se ha de llamar nueva adquisicion á la que por punto general es una consecuencia ó una estension del anterior dominio? La propiedad de una tierra, dice Benthan, abarca todo lo que contiene y todo lo que puede producir. ¿Su valor puede ser otra cosa que el contenido y su producto? Tal es el fundamento de los siguientes párrafos en que *á priori* desenvuelve la teoría de la accesion (Parte 2.ª, Cap. I, §. 3.º). Luego, se puede sostener que lo que se ha llamado derecho de accesion, es en realidad un efecto del derecho de propiedad; pero efecto particular que, mereciendo una atencion especial, puede muy bien tomar un nombre que le sea propio.

Entendemos por accesion el derecho del propietario á adquirir todo lo que producen sus bienes, ó se incorpora á ellos natural ó artificialmente. Los autores han solido distinguir estos dos actos, llamando accesion *continua* á la incorporacion de una cosa ajena á la nuestra; y *discreta* á la adquisicion de los productos de otra nuestra. Tal es el origen de la siguiente clasificacion.

Artículo 2.°

Accesion del producto de los bienes.

El propietario hace suyos por accesion llamada discreta: 1.°, los frutos naturales; 2.°, los industriales; 3.°, los civiles. Esta regla no necesita esplicacion: sin ella sería ilusorio el derecho del propietario, no hablando aquí de las escepciones, provenientes de la ley ó de la voluntad que la modifican. En el Derecho Romano se encuentran los vestigios de esta clasificacion de frutos, que en lo esencial ha sido conservada por los códigos: *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est* (Ley 9, §. 1.°, tit. I, lib. VII, D.). *Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur* (ley 36, tit. I, lib. XXII).

Su definicion, en la que del mismo modo convienen, es la siguiente: se da el nombre de frutos naturales, á los que sin esfuerzos del arte, producen espontáneamente las cosas. Pocos serán los que no requieran alguna cooperacion de parte del hombre, pero los hay que nacen espontáneamente; los hay que exigen un trabajo anterior, que no se obtienen sin el concurso de la industria. A tan exacta division, iniciada en la ley 45, tit. I, lib. XXII del Dig., se acomoda la ley 39, titulo XXVIII, Part. III, que considera naturales los frutos: *cuando fuesen de tal natura, que non viniesen por labor de omes, mas por si se los diese la heredad, asi como peras, ó manzanas, ó cerezas, ó nueces, ó los frutos semejantes destos, que han los árboles por si naturalmente, é sin labor de ome.....*

En la misma clase de frutos naturales se comprenden los productos de los animales. La ley 25, tit. XXVIII, Part. III,

dice: *vacas, ó ovejas, ó yeguas, ó asnas, ó las otras bestias ó ganados semejantes dellos que dan fruto, decimos que el fruto que de ellos saliere, debe ser de aquellos cuyas fuesen las fembras que los pariesen.....* Concuerda esta ley con la 5.ª, tít. I, lib. VI, Dig., § 2.°, en la que Ulpiano escribe: *si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non esset tuum sed meum quod natum est.* Dos razones igualmente atendibles existen á favor de la presente doctrina, sin mas escepcion que la de costumbre ó pacto en contrario: primera, que la madre siempre es cierta, concurriendo de un modo permanente á la generacion: segunda, que no se hace sino continuar la propiedad que el dueño tenia sobre el fruto, mientras estaba en el vientre de su madre. Lo que se dice del feto debe ser aplicable á los demás productos de los animales, como preceptúa el § 37, tít. I, lib. II de la Instituta: *in pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus et lana.*

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 23 de Febrero de 1859, que de la ley 25, tít. XXVIII, Part. III, que declara á quién pertenece el fruto de las bestias ó ganados, no puede derivarse la doctrina aplicable á los frutos de arbolado. El motivo de esta decision fué como sigue.

Un particular (D. J. Lopez Rubio), consideró infringida esta ley en cierto pleito seguido con el Ayuntamiento del Prado, en el que pedia que se declarase que le correspondia el disfrute de varias fanegas de la dehesa de Martin Miguel, condenando al Ayuntamiento á la indemnizacion de frutos producidos y debidos producir desde la detentacion. El Ayuntamiento negó á Lopez el derecho al arbolado por corresponder al comun de vecinos. La Audiencia de esta Córte absolvió al Ayuntamiento. El Supremo Tribunal, con su acostumbrada sabiduría, rechazó uno de los supuestos del recurso que era «la doctrina que deriva de la ley 25, tít. XXVIII, Part. III, de que los frutos de nuestras propiedades nos pertenecen esclusivamente, si un pacto espreso no lo contradice.

Los frutos industriales son los que provienen de nuestras heredades ó tierras, á beneficio del cultivo ó del trabajo del hombre. No nos parece mala esta definicion que limita los

frutos á los productos de la tierra: si provinieran de otra finca ó con ocasion de ella, merecerian distinto nombre.

Respecto de los frutos, asi naturales como industriales, hace el Proyecto del Código una declaracion que no deja de ser importante: no los considera tales, sino desde que están manifiestos ó nacidos; y en cuanto al fruto de los animales, dice, que basta que estén en el vientre de la madre. Lo primero altera en parte lo dispuesto por nuestro derecho: la ley 10, tit. IV, lib. III del Fuero Real, exije si son frutos de árboles ó viñas, que hayan aparecido en la heredad: si fueren sembrados, *maguer no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase.* Para hacer esa diferencia túvose en cuenta la calidad de los frutos, pues en los sembrados se vé mas el arte y el trabajo del hombre que en los árboles; pero no habia para que reparar en esa circunstancia, pues los gastos y los cuidados no son menos en un caso que en otro. De la cria de los animales nada dice la ley del Fuero; mas como en otra parte se indicó, la jurisprudencia decidia la cuestion en el mismo sentido que el Proyecto.

Frutos civiles, son los productos no percibidos de la cosa sino con motivo, y por virtud de una obligacion. El Proyecto da idea exacta de ellos, al colocar en esta clase los productos de las rentas perpétuas ó vitalicias: *non natura sed jüre percipiuntur.*

Omitimos la frase arrendamientos de tierras, porque nada hay terminantemente dispuesto en nuestro derecho, y aunque la doctrina del Proyecto es la del art. 584 del código francés, y no obstante que Rogron observa con oportunidad, que en definitiva el propietario retira de su finca por el arriendo una suma de dinero, debemos dar la preferencia al derecho romano, por el cual el precio de los arrendamientos de tierras seguia la suerte de los frutos naturales ó industriales que representaban, como se colige de la ley 58, tit. I, lib. VII, Dig.

Artículo 3.º

Accesion de los bienes inmuebles.

Se verifica naturalmente ó por industria de los hombres; esta division de los prácticos tiene su apoyo en la leyes, con arreglo á las cuales podemos referir á la primera clase: 1.º, el aluvion; 2.º, la fuerza manifiesta del rio; 3.º, el nacimiento de una isla; y 4.º, la mutacion de cáuce: á la segunda, la plantacion, la edificacion, y la siembra.

A.

ALUVION.

De semejante accidente, que es comun en los terrenos inmediatos á los rios, se ocupa en estos términos la ley 26, título XXVIII, Part. III: [1] *Crecen los rios á las vegadas de manera que tuellen é menguan á algunos en las heredades que han en las riberas dellos, é dan, é crecen á los otros que las han de la otra parte.* [2] *E decimos que todo cuanto los rios tuellen á los omes poco á poco, de manera que non pueden entender la quantía dello, porque no lo llevan ayuntadamente, que lo ganan los señores de aquellas heredades á quien lo ayuntan, é los otros á quien lo tuellen non han en ello que ver.*

En esta ley, que no tiene otra parecida en nuestros códigos, vemos reproducida la gráfica definicion de la Instituta: *incrementum latens*, y consignada su doctrina; es de derecho de gentes que adquiera un predio los aumentos que insensiblemente recibe, aunque sea á espensas de sus vecinos. Sobre ser igual el peligro para los propietarios riberiegos, es útil á todos consentir esos cambios que algun autor considera como efectos inevitables de un contrato aleatorio, que tienen hecho con la naturaleza.

B.

FUERZA DEL RIO.

La misma ley en su segunda parte continúa: *mas cuando acaesciese que el rio llevase de una heredad ayuntadamente asi como alguna partida della con sus árboles ó sin ellos, lo que asi llevase non ganan el señorio dello aquellos á cuya heredad se ayunta, fueras si estuviese y por tanto tiempo que raigasen los árboles en las heredades de aquellos á quien se ayuntasen. Ca estonce ganaria el señorio dellos el dueño de la heredad do raigasen; pero seria tenudo de dar al otro el menoscabo que recibió por ende segun alvedrio de homes buenos.* Bien analizada esta ley, podria ofrecer iguales dudas que sus originales. En el § 2.° de la ley 7.ª, tít. I, lib. XLI, antes citada, dice Gayo: «que si la parte arrastrada por el rio permaneciese unida por tanto tiempo al predio que arraigasen los árboles: *videtur meo fundo adquisita esse.*» Justiniano bajo la misma hipótesi declara: *ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse (id. est. arbores)*; de modo que segun el primer texto, lo que se adquiere es el terreno; segun el otro, los árboles. Nuestra ley guarda mas conformidad con la Instituta; copiando sus palabras, dice: *ganaria el señorio dellos el dueño de la heredad do raigasen.* ¿Cómo han de entenderse estas palabras? De la manera que se han llegado á entender las de la Instituta; allí se hace concertar la palabra *videntur* con los nominativos *pars, fundi, et arbores.* Aquí la palabra *ellos*, que se refiere á árboles, se puede entender con sujecion á la frase anterior, donde dice: *lo que asi llevase non ganan el señorio dello.* Y esa es la inteligencia que le dan todos los autores. Lo que es una adicion, y no deja de ser una originalidad de nuestra ley, es que obligue al adquirente á indemnizar al otro el menoscabo, según tasacion. Casi no se comprende en qué se haya fundado el legislador, si de lo que se trata es de castigar la incuria del dueño de lo agregado, haciéndole perder lo que no reclamó en tiempo. Fuera de estas circunstancias, en que necesariamente habiamos de reparar, la disposi-

cion nos parece justa. Es preciso conservar su derecho al dueño mientras sea conocido; y lo es siempre en el caso de *avulsion*. Pero ocasionaría conflictos separar los campos ó establecer un condominio despues de la union perfecta; por eso se le priva de su parte, y no se le hace poco ofreciéndole indemnizacion de lo que pudo reclamar oportunamente. Este tiempo es incierto: en esa parte hallamos preferible que se fije uno conocido, aunque sea el año que señala el Proyecto. Tanto mas cuanto que la regla no variaría aunque por no haber árboles plantados, fuese preciso presumir la consolidacion por otros medios, que es lo que dice Gregorio Lopez en la glosa 7.ª.

C.

FORMACION DE UNA ISLA.

Cuatro leyes contienen las de Partidas relativamente á este punto, en las que declaran: que la isla nacida en medio del rio se divide entre los dueños de los terrenos colindantes: esceptúan si se hubiese formado en campo de uno de ellos por ímpetu de la corriente: formada en el mar, cede al primer ocupante: dicen, por último, que el usufructuario no adquiere la isla formada en el rio, la cual entra en poder del propietario.

Analizaremos estas varias disposiciones.

Ley 27.—*Islas nacen á las vegadas en los rios, é contienden los omes sobre el señorio dellas.* [1] *E decimos que si acaeciese que la isla sea en medio del rio, que aquellos que ovieren las heredades en las riberas de la una parte é de la otra, la deben partir por medio, tomando cada uno dellos tanta parte de la meitad de la isla hácia la su heredad cuanto oviere en ancho en la su heredad que afruenta con el rio.* [2] *E si por ventura la isla fuese toda de la meitad del rio contra la una parte, débenla partir (asi como es dicho) los que ovieren la heredad á esa parte ó á esta.* [3] *Mas si la isla non estuviese toda en la meitad del rio contra ninguna de las partes, nin estoviese otrosi bien en comedio dél, mas estoviese la mayor partida della de la*

meitad del rio contra la una parte que contra la otra, estonce deben tomar una soga tan luenga cuanto el rio tuviere de ancho, é medirla; é de que la ovieren medido, segun la anchura del rio, que no haya mas ni menos, débenla doblar, é señalarlo en aquel lugar do fuese la meitad della; y de aquel punto ó señal en adelante que ficieren en ella, débenla partir entre si, tomando cada uno tanta parte cuanto le cupiere segun la frontera de su heredad.

Esta ley comprende uno de los tres casos del § 22, tít. I, lib. II de la Instituta, y concuerda con varias del mismo derecho, cuya referencia constituye todo el comentario de Gregorio Lopez. Algo hemos de decir para suplir tal vacío y justificar tal declaracion. Pareceria justo que la isla nacida en un rio fuese pública como el mismo rio. El Digesto, del cual pudiéramos decir que da motivo y tiene soluciones para todas las dudas, consigna una vez este principio: *Si id quod in publico innatum est, aut ædificatum publicum est, insula quoque quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Pero la doctrina del jurisconsulto, origen por cierto de encontradas interpretaciones, se halla desmentida por otras autoridades de aquel Código, y pasa por cosa corriente que la isla que nace en el rio y el álveo que este deja son de derecho privado. Tal es el fundamento de la disposicion que adjudica la propiedad á los dueños de los terrenos colindantes. Segun Ulpiano, la isla nacida en un rio público es del primer ocupante, si los campos son limitados, ó de aquel á cuya orilla toca; ó si nace en medio del cáuce, de los dueños de las riberas. *Illa enim insula occupantis est si limitati agri fuerint; aut ejus cujus ripam contigit; aut si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident* (§ 6, tit. XII, lib. XLIII, D.). Los antiguos romanos, dice Heinecio, dividian los fundos: en *arcifinios*, que no tienen otros límites que los naturales, como montes, rios; *limitados*, los que se poseen hasta cierta medida; y *determinados*, que se contienen en cierta medida por una estremidad, cuyas diferencias representa por figuras en sus correspondientes láminas.

Nuestra ley no entra en estos pormenores; considerando

la isla como accesion de los terrenos inmediatos, la distribuye con arreglo á la capacidad ó estension de sus propiedades. La division se hará entre los dueños de ambas riberas cuando, partiendo de la línea trazada por medio del rio, resultare tocar parte del terreno á cada mitad; si la isla cayere toda en la una parte, tomada desde la mitad del rio, solo se dividirá entre los dueños de la ribera mas inmediata, suponiendo que sean varios; pues si no fuere mas que uno, le pertenecerá á él.

Ley 28.—*Avenidas de las aguas facen crecer á las veces á los rios, é entran por las heredades de los omes, é atraviésanlas de manera que facen en ellas islas, é maguer mostramos en la ley ante desta en que manera se deben partir las islas, non se entienda por esto que tal isla se deba asi partir. Ca non y á otro ninguno que ver en ella, si non aquel cuya es la heredad en que se faca: é en salvol finca el señorio que ante avia en su heredad. é non se la pierde por tal razon.*

En verdad que este caso difiere del anterior: aqui el rio invade un terreno particular. La nueva isla que hace por haberse dividido el rio en algun punto, volviéndose á unir mas abajo, no puede perjudicar al dueño, que no pierde poco en ver inundada una parte de su heredad, y el resto de ella convertido en isla. Con igual criterio hallamos decidido este caso en el § 4, ley 7, tít. I, lib. XLI, Dig., 22, tít. I, lib. II Inst.: *quod si aliqua parte divisum sit flumem, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat.*

Ley 29.—*Pocas vegadas acaece que se fagan islas nuevamente en la mar. Pero si acaesciese que se ficiese alguna isla de nuevo, suya decimos que debe ser de aquel que la poblare primerante; é aquel ó aquellos que la poblaren, deben obedescer al señor en cuyo señorio es aquel lugar do apareció tal isla.*

Insula quæ in mari nata est (quod raro accidit), occupantis fit, dice la Instituta. La declaracion es igual y el fundamento el mismo: considerando cosa *nullius* la isla formada en el mar, se declaró del primer ocupante. Nuestra ley es, sin embargo, mas circunstanciada: emplea una frase sobre la cual con mucha jus-

ticia llama la atencion el comentador, dice que será del que la poblare primeramente. Mas segun la ley, esto se entiende sin perjuicio de la obediencia *debida al Señor en cuyo distrito es*. Gregorio Lopez opina que este señor es el de la tierra con quien mas confina la mar donde está la isla, y añade que en las tierras inclusas en la concesion que hizo el Sumo Pontífice Alejandro VI el año de 1492 á los Reyes Católicos de España, de las islas y tierra firme de las Indias del Mar Océano, lo es el de España, cuyo es el dominio del territorio mediante dicha concesion. Hevia Bolaños, que se hace cargo de esta ley y de este comentario, lo encuentra todo muy en su lugar: «porque la mar y su parte y la isla que en ella está, es del distrito del territorio mas cercano y adyacente, aunque esté muy remota de él, por estenderse á ella, por ser mensurable y medible, y atribuirse á la tierra mas circunstante» *(Núm. 6.°, cap. I, libro III, Com. nav.)*.

La propiedad de estas islas es hoy del Estado. Tenemos por muy conforme á los principios del derecho político la doctrina del Proyecto que establece que las islas que se formen en los mares adyacentes á las costas de España, pertenecen al Estado, sin que nadie pueda adquirir propiedad sobre ellas, sino en virtud de concesion del Gobierno, ó por prescripcion (413). No nos toca juzgar de la conveniencia de ampliar este principio á los rios navegables y flotables.

Ley 30.—[1] *Podria acaecer que algund ome auria el usofruto para en toda su vida en alguna heredad que estoviese en la ribera de algun rio, ó la ternia en feudo, é maguer dijimos que la isla..... la deben partir entre si los que ovieren las heredades en la ribera dél; con todo eso no se entiende que debe haber ninguna parte en la isla aquel que oviese el usofruto; mas la parte de la isla é del usofruto della pertenece á aquel cuya es la propiedad de la heredad.* [2] *Mas si por aventura á la heredad en que oviese el usofruto, se acresciese alguna cosa por ayuda del rio, aquello que desde el rio contra la heredad se ayuntare á ella, en salvo finca el usofruto en ello..... tambien como en la otra heredad á que se ayuntó.*

La esplicacion de esta ley está en otra, la 9.ª, tit. I, libro VII del Dig., en cuyo § 4.° Pegaso escribe: *sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere, licet proprietati accedat;* es, dice, un fundo propio cuyo usufructo no te corresponde, y da por razon: *nam ubi latitat incrementum, et usufructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.*

Habriamos omitido la palabra feudo sobre no conocerse esta institucion, pero nos sirve para recordar una cuestion que Gregorio Lopez trata en la glosa 2.ª: pregunta si lo que la ley dice del usufructuario y feudatario es aplicable al enfiteuta. Despues de citar varios pareceres, espone el suyo, que juzgamos el mas aceptable, en los siguientes términos: «téngase presente el contenido de la ley, segun la cual, puede decirse del enfiteuta lo que se dice del feudatario; primero, porque se asimila un caso al otro y vale el argumento del feudo al enfiteusis; segundo, porque el feudatario tiene mayor derecho que el usufructuario, y dedúcese por argumento *á minori* que lo dispuesto tiene lugar forzosamente en el enfiteuta.

Adicion.—Una ley contiene el Fuero Real relativamente á este punto, de cuya conformidad con las anteriores puede juzgarse con solo trascribir sus palabras: [1] *Si alguna isla se ficiere en el rio, si fuere en medio, los herederos de la una parte é de la otra, heredan todos aquella isla por medio, é tanto herede cada uno en aquella isla, cuanto hereda en la orilla de la ribera.* [2] *E si mas fuere á la una parte que á la otra, aquellos que fueren herederos de aquella parte do fuere la isla, hayan la isla segun como heredan en la frontera de la ribera.* [3] *E si por aventura el rio se partiere é cercare tierra de alguno, esto no se juzgue por isla, mas sea de aquel cuya es...* (ley 14, tit. IV, lib. III).

D.

MUTACION DE CAUCE.

Ley 31.—*Múdanse los rios de los lugares por do suelen correr, é facen sus cursos por otros lugares nuevamente, é finca en*

seco aquello por do solian correr, é porque puede acaecer contiendas, cuyo debe ser aquello que asi finca, decimos: [1] *que debe ser de aquellos á cuyas heredades se ayunta, tomando cada uno en ello tanta parte cuanta es la frontera de la su heredad de contra el rio.* [2] *E las otras heredades por do corre nuevamente pierden el señorio dellas aquellos cuyos eran cuanto en aquello por do corren; é dende adelante comienza á ser de tal natura como el otro lugar por do solia correr, é tórnase público asi como el rio.*

....E si el rio dejare la madre por do corriere, háyanla los herederos que fueren mas cercanos. é cuando el rio se tornare á su madre, tórnese aquella heredad porque iba el rio á aquel cuya era (ley 14, tít. IV, lib. III Fuero Real). Las dos leyes son absolutamente conformes, y las dos producto de la cultura romana que en los siglos XII y XIII dominaba esclusivamente en el derecho.

El álveo de un rio se considera público, pero es mientras sirve de lecho á las aguas que por él corren, pues si llega á secarse, se hace privado. En este concepto le considera la ley, y le aplica en beneficio de los terrenos colindantes. El hecho no reclama aquí imperiosamente el derecho. Esta observacion de Ortolan es exacta: lo prueba el ver que el derecho civil de otros pueblos no se ha atemperado á este principio, como entre nosotros acontece, con el Proyecto de nuevo Código; mas el legislador obraba impelido por las consideraciones de la vecindad ó de la adherencia, de la facilidad para el arbitraje y el cultivo, y en justa compensacion por los perjuicios que causa la vecindad de un rio. Estableciendo una regla igual para todos los propietarios, ninguno tiene derecho á indemnizacion, porque á ninguno se hace injusticia. Mucho tiempo hace que Pomponio dijo: *flumina censitorum vice funguntur,* en cuya virtud el autor de la Curia filípica establece que el rio tiene potestad de juez que da y quita dominio *(Núm. 20, cap. I, lib. III, Com. nav.).*

En cambio se ha previsto la contingencia de que el rio recobre su cáuce anterior, y entonces por el mismo principio se

reintegran en su terreno los que antes le habian perdido. La ley de Partida da por sobreentendido este caso, pero la del Fuero Real le espresa, y esa doctrina y esa ley hallan su confirmacion en el § 23, tít. I, lib. II de la Instituta: *rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident.* Concibese, sin embargo, algun caso en que sea difícil ó imposible esta restitucion; con ella se quiere indemnizar al antiguo dueño, y esto se logra si lo fuese tambien de los terrenos colindantes, ¿pero qué se hace si habiendo sumerjido y ocupado todo un fundo, las márgenes del nuevo rio pertenecen á otro propietario? el dueño en este caso se queda sin nada. Hé aqui lo que la jurisprudencia romana no supo resolver, lo que no vemos decidido en la nuestra. Ortolan dice: « con arreglo á un fragmento de Pomponio se le debe volver su terreno; segun Alfeno Varo no tiene derecho á nada. Gayo justifica esta diversidad de pareceres, pues establece «que segun el derecho estricto nada puede reclamar racionalmente...., pero que no se puede admitir esta decision.» Nosotros en este caso declarariamos la accesion del cáuce en favor de los dueños riberiegos, pero con obligacion de abonar al antiguo propietario su importe.

Ley 32.—*Cúbrense de agua á las vegadas las heredades de algunos omes por las avenidas de los rios, de manera que fincan cubiertas muchos dias: é como quier que los señores dellas pierden la tenencia en cuanto están cubiertas, con todo eso en salvo les finca el señorio que en ellas avian. Ca luego que sean descubiertas é que el agua tornare á su lugar, usarán dellas tambien como en ante facian.*

Fuero Real.—*E si por aventura por fuerza de nieves ó de lluvias tanto cresciere el rio que entre en tierras agenas, y estas tierras finquen por suyas de aquel que antes las habia, que como quier que cubiertas sean de aguas, puédenlas vender, ó dar, ó enagenar, asi como de antes que fuesen cubiertas de agua.* Estas palabras de la ley 14, antes citada, ponen fin á la única disposicion del Fuero Real sobre accesiones: combinándola con otras alusivas á distintas materias de Derecho Ro-

mano, nos afirman en el juicio que habiamos formado de este Código; sus autores, no pudiendo desenvolver todos los principios de aquel derecho, se contentaron con estractarle en estos primeros ensayos.

Nótese que la ley habla de inundaciones: fenómenos estraordinarios pero accidentales que no pueden alterar los derechos del dominio, siquiera, como dice la ley, los propietarios pierdan la posesion. No puede alegarse razon mas válida que la que tomándola de Gayo, ofrece el Emperador: *neque enim inundatio fundi speciem commutat.* En las inundaciones, principalmente temporales ó periódicas, dice Vinio, carece de aplicacion el principio: *occupatum sequitur conditionem occupantis.*

Hasta aquí hemos tratado de las accesiones propiamente naturales: las siguientes se llaman artificiales porque en ellas tiene parte la industria del hombre.

E.

EDIFICACION.

El legislador añade una nueva garantía á la propiedad del suelo, concediendo á su dueño cuanto en él se labra ó edifica. Hémos dicho que carecemos de un precedente histórico que sirva para ilustrar la materia de accesiones; mas no ha habido un código que no parta de aquel principio como base indispensable para mantener al señor del terreno en su posesion y defenderle contra ajenas intrusiones. En el tít. I del lib. X del Fuero Juzgo, que trata de las *particiones, é de los tiempos é de las lindes*, y donde se encuentra la ley que arregla el departimiento de tierras entre los godos y romanos, figuran dignamente la 5.ª, segun la cual: *quien quebranta particion de heredad... cuanto toma de lo aieno, otro tanto peche de lo suyo*, pero sobre todo la 6.ª y la 7.ª mas intimamente unidas con la materia actual.

La una dice: *si alguno de los companneros face vinna ó casa de heredad de su compannero non lo sabiendo su compan-*

nero, ó aquel que lo faz..... dé otro tanto de tierra á su compannero é finque á él aquello que tomó. [2] *E si ficier la casa ó la vinna contra defendimiento de su compannero debe perder cuanto y ficiere ó cuanto y plantare.* [3] *Mas si algun ome da tierra aiena ó la vendiere ó la diere á camio, tal que nunca fué en su poder daquel que la dió..... é aquel cuya es la tierra por enganno non la quiere demandar porque gane despues ende el labor que hi ficiere el otro, ó es lueme de la tierra ó non lo sabe: pues que este á quien fué dada la tierra pudier esto mostrar antel alcall', aquel que ge la dió peche otras dos tales tierras: é non debe perder su labor que ficiere en aquella tierra.*

Ley 7.ª—*Quien faz vinna en tierra aiena, sin mandado de cuia era la tierra, si lo ficier por fuerza, ó non seyendo el sennor en la tierra maguer que ge lo non defendiere pierda todo cuanto y plantó: ca abastarle debe que non peche el duplo porque tomó tierra aiena por fuerza.*

Tal era en este punto el estado de la legislacion, incomparable con el que vino á tener despues de publicadas las Partidas, cuyas leyes dicen así:

Ley 38.—[1] *Metiendo algun ome en su casa ó en alguna otra obra que ficiese, cantos, ó ladrillos, ó pilares, ó maderas, ó otra cosa semejante que fuese agena; despues que alguna destas cosas fuere asentada é metida en labor, non la puede demandar aquel cuya es, é gana el señorio della aquel cuya es la obra, quier haya buena fé quier mala en metiéndola. Esto tovieron por bien los sábios antiguos que fuese guardado por apostura ó por nobleza de las cibdades é de las villas, que las obras que fueren y fechas non las derriben por tal razon.* [2] *Pero tenudo es de dar el precio doblado de lo que valiere la cosa.*

La decision es general, y bajo una fórmula presenta todos los casos figurados por los autores: adquiérese el dominio por construccion ó por edificacion, de modo que el que en una casa propia ó ajena pone materiales de otro, los hace suyos, porque no seria justo afear las ciudades con ruinas. Esto en resúmen viene á decir la ley, aunque para mayor claridad, espondremos el principio y sus aplicaciones. A la máxima de

que lo accesorio sigue á lo principal es consiguiente esta otra: que cede al suelo lo que se une al suelo. Tan adelante llevaba el Derecho Romano esta presuncion, que el § 22, tít. I, lib. II de la Instituta, establece: «que cuando alguno edifica en suelo propio con materiales ajenos, se presume que es el propietario: *ipse intelligitur dominus ædificii*, porque lo edificado pertenece al terreno en que se edifica.» El caso no ofrecerá, pues, dificultades, cuando el dueño lo sea á la vez del terreno y de los materiales; puede ofrecerla, si edifica en suelo propio con materiales ajenos, ó en suelo ajeno con materiales propios, y de un tercero en cuyos dos estremos convendrá distinguir si procedió de buena ó de mala fé.

Con arreglo á la ley 38, que dejamos trascrita, siempre y en todo caso el dueño del terreno adquiere la propiedad de lo edificado, ora haya obrado de buena ó de mala fé. Y es que sobre existir una presuncion favorable al dueño del solar, la ley queria evitar la demolicion de los edificios; pero como la presuncion podia fallar, y tampoco era justo sacrificar la propiedad al ornato público, véase por qué obligaba al edificante á que pagase doblado el precio de los materiales. El derecho á favor de algunas distinciones, encontró modo de hacer á los dos propietarios, al dueño del edificio y al de los materiales: respetar al uno su finca, y conceder al otro el duplo por indemnizacion. Cómo y en virtud de qué acciones se obtenia este resultado, no es de nuestro propósito referirlo; tenemos bastante tarea con hacer las aclaraciones exigidas por nuestra ley.

La indemnizacion que ofrece es insegura, porque fuera de los delitos en que se interesa la Real Hacienda, la accion del duplo no ha estado en práctica entre nosotros. A este propósito conviene recordar lo que en materia íntimamente unida con la actual, dispone la ley 16, tít. II, Part. III: dice que la cosa mueble demandada debe ser exhibida en juicio, y continúa.....[1]*Pero si vigas, ó otra madera, ó piedras, ó cal, metiere alguno en labor de su casa, non es tenudo de las sacar para mostrarlas en juicio á su contendor. Esto tovieron por bien los sá-*

bios antiguos por esta razon, porque las casas, ó los edificios que los omes facen en las villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en fermosura comunalmente de los logares do son fechos. E cuando se desfacen, parecen por ende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos. [2]*Pero el que fizo poner en sus casas alguna de las cosas agenas, débelas pechar dobladas á aquel cuyas fueren.* [3] *Esto se entiende cuando lo oviese fecho de buena fé, cuidando que non eran agenas, é que no pesaria á su dueño.* [4] *Ca si á sabiendas lo ficiese, estonce debe pechar tanto por ellas cuanto su dueño jurare que ha recibido de daño ó de menoscabo por aquello quel fué tomado, é que non pudo aver.* [5] *E por cuanto él quisiere jurar con apreciamiento del juzgador, tanto le debe facer pechar al que fizo la labor en las cosas agenas, ó á sus herederos.*

Sin que el comentador llame la atencion sobre las palábras de la ley, se vé desde luego que exige el duplo del precio de los materiales, suponiendo que se empleáran de buena fé; pero somos de los que creen que esta pena sería escesiva aun por el Derecho Romano (alguna de cuyas leyes solo condenaba al dueño *ad simplum* (ley 1.ª, Dig. de tign. juncto): escesiva ó inaplicable por el nuestro que se ha limitado á copiarla de un párrafo de la Instituta. La buena ó la mala fé es un elemento decisivo en el derecho: y ¿quién no vé que exigiendo siempre el duplo al que la ha tenido buena, puede castigarle en mas que al de mala fé, á quien solo castiga á indemnizar daños y perjuicios? Hay un medio de acabar cuestiones, y ese es el que los autores recomiendan: que el dueño del edificio abone el precio de los materiales, estando obligado al resarcimiento de daños y perjuicios, si se le probare que habia obrado de mala fé. Condenarle sin distincion de casos al resarcimiento de daños y perjuicios, no seria equitativo: primero, porque la ley reservaba esta pena solo para el caso de que el edificante procediera de mala fé: segundo, porque el dueño de los materiales, que quizás por su incuria ha dado lugar á que otro los tome por suyos, malamente se quejaria de daño ó menoscabo.

Si hasta aqui hemos considerado el caso de que uno edifique en terreno propio con materiales ajenos, procede que examinemos ahora, *ex diverso*, segun frase de la Instituta, otro caso, á saber: cuando con materiales propios edifica en suelo ajeno: entonces *illius fit domus, cujus et solum est.* Esta parte de la legislacion era embarazosa por sus muchas distinciones, pero aun con ellas, el precepto tal como le espresa la Instituta, se entiende sin dificultad. Se reduce á distinguir si el edificante obró de buena ó mala fé, y si está ó no en posesion de lo edificado. El edificante de buena fé, si es poseedor, tiene contra el dueño que vindica, la escepcion de dolo para obtener el pago de los materiales y el salario de los trabajos: si no es poseedor, solo tiene el derecho de vindicar los materiales despues de la demolicion. El edificante de mala fé no tiene en rigor accion ni escepcion alguna para conseguir el resarcimiento; sin embargo, por equidad se le concedia indemnizacion de los gastos necesarios ó útiles, y aun derribado el edificio, el derecho de vindicar los materiales, no probándose que habia tenido intencion de darlos.

Hallamos seguidos los mismos principios en las leyes 41 y 42 del tít. XXVIII, Part. III.

Dice la una: *Heredades agenas compran ó ganan los omes á buena fé, é despues que las han comprado facen y de nuevo alguna cosa; asi como torre, ó casa, ó otro edificio..... E vienen los verdaderos dueños é vénccnlos en juicio. E porque puede acaescer contienda entre los homes si las despensas, deben cobrar ó no los que las ficieron: decimos que ante que sea entregado de la casa el que la venciere que sea tenudo de tornar al otro todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella, ca pues que ovo buena fé en ganar la cosa, é labró en ella, asi como en lo suyo, derecho es que cobre aquello que y despendió en esta manera.* Tal es la principal declaracion de esta ley, relativamente al punto que nos ocupa: infiérese de ella que el edificante ocupa la finca, y le autoriza para retenerla, *ante que sea entregado de la casa*, hasta que se le satisfaga el valor de sus materiales -

La compensacion de frutos por gastos y el modo de verificarla, motivo de nuevas declaraciones en la ley, no son materia de la que por hoy debamos ocuparnos. Esta doctrina, diremos con Vinio, *magnas recipit varietates tum ex personis possessorum et petitorum, tum ex causis et generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci.*

La siguiente (ley 42) dispone: *Qual home quier que labrase edificio habiendo mala fé, sabiendo que non habia derecho de lo facer, si despues deso fuere vencido en juicio por el verdadero señor, pierde todo cuanto y labró, é debe ser de aquel en cuyo suelo lo fizo; é non puede nin debe cobrar las despensas que y oviese fechas en razon de aquello que y labró de nuevo...*

En la parte que dejamos trascrita, vemos confirmada la distincion capital tratándose de accesiones: lo edificado en suelo ajeno cede al suelo, pero el edificante cobra el importe de los materiales, si procedió de buena fé: los pierde en pena de temeridad ó ligereza, si procedió de mala fé. Pasemos por alto otras declaraciones, de las cuales dice, y dice bien el autor de las *Concordancias*, que embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad del pensamiento en lo principal. En el caso de que los materiales pertenezcan á un tercero, lo regular es que responda de su valor primeramente el que los empleó, y subsidiariamente el dueño del terreno, segun por equidad establece el Proyecto de Código.

Por lo demás, el principio de que lo edificado cede al suelo es tan general, que el Supremo Tribunal de Justicia le invocó entre los fundamentos de cierta sentencia, pronunciada en 24 de Setiembre de 1861.

F.

PLANTACION Y SIEMBRA.

Las leyes anteriores (41 y 42) no son peculiares de la edificacion, deciden tambien este caso: su parte espositiva es comun: *heredades compran ó ganan los omes, é facen despues*

alguna cosa... . si es heredad plantan y árboles, ó ponen majuelos, ó facen otras cosas semejantes....; el principio es completamente igual: *plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt.*

Pero independientemente de esas leyes, que consultaremos siempre que se ofrezca, como regla general, hay otras que determinan especialmente este caso.

Ley 43.—[1] *Plantando algun ome árboles, ó poniendo majuelos en la heredad agena á sabiendas, aviendo mala fé en faciéndolo, luego que aquellos árboles ó la viña es raigada, ó se nodresce, ó se cria en la heredad, pierde el señorio de aquello que y plantó.* [2] *Eso mismo decimos que seria si alguno plantase árboles agenos en su heredad, ó que pusiese y majuelos de sarmientos agenos; que luego que son raigados, gana el señorio de ellos quier haya buena fé, quier mala, en plantándolos, el que los plantó. Empero tenudo es de dar á aquel cuyos eran la estimacion de lo que valieren.* [3] *Si algun ome plantase algun árbol en su heredad, é despues que lo oviese y plantado, se estendiesen las raices por heredad agena de otro alguno..... de manera que las principales raices de que se nodreciese, están todas en ella, este gana el señorio del árbol, maguer estén las ramas del árbol sobre la heredad de aquel que lo plantó. Empero si parte de las raices principales del árbol estuviesen en la heredad de aquel que lo plantó, é la otra parte en la del otro que estuviese acerca della, estonce debe el árbol ser comunal de ambos á dos.*

Contiene la ley tres disposiciones: 1.ª, Los árboles plantados en terreno ajeno con mala fé, son del dueño de este una vez que arraiguen. Conviene á esta parte de la ley el comentario que sirve de esplicacion á igual precepto de la ley romana. El momento en que se efectúa el cambio de propiedad, es aquel en que la planta ha echado raices en el nuevo terreno *(ubi coaluit)*, pues entonces se forma el vínculo de adherencia que mútuamente los une. No puede decirse, en verdad, que deba su sustancia á aquel terreno, porque apenas ha tenido tiempo de agregarse á él, y en rigor bien podia efectuarse la separacion y trasportar la planta á otra parte, pero en interés de la agricultura debe prohibirse este derecho de traslacion;

además de que pasado cierto tiempo no seria justo, porque la planta se trasforma al paso que se alimenta (ORTOLAN).

Siendo tan obvio el fundamento de la ley, consideramos que modifica ó adiciona la 1.ª del tit. IV, lib. III del Fuero Real, que al consignar la regla prescinde de esta circunstancia. *Si algun home pusiere viña en tierra agena, quier defendiéndogelo el señor, quier no, pierda la viña el que la puso, é sea del señor de la heredad; y esto mesmo mandamos que sea si pusiere árboles ó ficiere otra labor.....*

2.ª Por el mismo principio de atraccion al suelo, el dueño de este se apropia los árboles que plantó de buena ó de mala fé, sin mas que pagar su estimacion. La jurisprudencia romana dió en esta parte muestras de una prevision digna de elogio. El dueño de los árboles no debia perderlos por la mala fé de otro que los plantó en su terreno; necesario era *ne sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur;* tenia para reclamarla la accion *in factum* ó la accion útil, pero además: *adversus eum qui mala fide transtulit, est etiam actio furti et condictio furtiva,* añade el comentador. Segun el texto de nuestra ley, no le queda mas derecho que pedir la estimacion: discurriendo como en otro lugar hemos hecho sobre los diferentes efectos de la buena ó de la mala fé, creemos estensivo á este caso el principio general y el mas justo; el que procede de mala fé no cumple con pagar la estimacion, debe además ser condenado al resarcimiento de daños y perjuicios.

3.ª La propiedad de los árboles plantados en terreno colindante con otro, se determina por la direccion de las raices, de manera que serán de aquel en cuya heredad estén las principales raices, y si se estendieran igualmente por ambas heredades, el árbol será comun del mismo modo que los frutos mientras esté en pie, y la madera cuando se corte. Se ha adoptado este temperamento considerando que de la tierra sacan las plantas sus jugos, y aunque sobre esto habria mucho que decir, pues aun entre las mismas leyes y aun entre los mismos jurisconsultos no hay uniformidad, y bien se atiende al tronco, ó bien se juzga por la direccion de las ramas; no

nos es permitido separarnos de la legislacion establecida, y con arreglo á ella se seguirá la práctica de la ley 15, tit. IV, lib. III del Fuero Real, que parece causa y comentario á la vez de la 18 de este mismo título y Partida. De tres causas por las que *un ome puede entrar en la heredad de otro contra su defendimiento,* señala como la primera: *si algun ome oviese árboles que diesen fruto de si, que colgasen las ramas dellos sobre la heredad agena de guisa que cayese la fruta y, ca estonce bien podria entrar á coger el fruto de sus árboles. E esto puede facer en tres dias é no en mas.* El pensamiento de la ley está tomado de la única del tít. XXVIII, lib. XLIII, Digesto: *glandem quæ ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die, legere, auferre liceat: vim fieri veto;* ley que si bien limitada á un fruto en particular, era aplicable á todos. Gregorio Lopez en la glosa 3.ª de la nuestra trata la cuestion de cómo se han de entender estos tres dias: despues de decir si han de usarse uno tras otro, si podrán ó no prorogarse segun el número y calidad de los frutos, continúa: *ista lex vult ut præcise teneatur colligere infra tres dies, ut non possit postea et forte fuit ejus motivum,* l. 15, título IV, lib. III, *Foro Legum.* El contenido de dicha ley es el siguiente: [1] *Cuando árboles algunos están en tierra de algun home, é cuelgan las ramas de sobre la tierra del otro, todo el fruto sea de aquel en cuya tierra está el árbol.* [2] *Mas si algun fruto cayere en la tierra agena sobre que cuelgan las ramas, el señor del árbol lo pueda coger en aquel dia que cayere, sin otro daño que faga al señor de la tierra; é si cayere ante el fruto, cójalo al otro dia; é si él no lo cogiere asi como sobredicho es, sea de aquel cuya es la tierra do cayere.* [3] *E si el árbol estuviere en la heredad de muchos, partan el fruto cada uno segun hobieren en la heredad.*

Aun pudiera acontecer cosa peor, y es que las ramas ó el árbol mismo perjudicasen á la finca inmediata. Tampoco esta eventualidad ha sido desatendida por la ley: cerraremos la materia recordando lo que dispone para este caso.

Ley 28, tít. XV, Part. VII.— [1] *Si algun ome oviere árbol que fuere raigado en su tierra, é las ramas dél colgasen sobre la*

casa de otro su vecino, estonce aquel sobre cuya casa cuelgan puede pedir al juzgador del lugar que mande al otro que lo corte fasta en las raices, porque le daña á la casa colgando sobre ella; é el juzgador débelo ver, é si entendiere que face daño débelo mandar cortar, é si el otro non lo quisiere facer despues que lo mandare el juez, puédelo cortar aquel sobre cuya casa cuelgan las ramas, é non caerá por ende en pena ninguna. [1]*Otrosi decimos que si el árbol ó la vid estuviesen raigados en huerto ó en tierra de uno, é colgasen las ramas sobre la heredad de otro, que aquel sobre cuya heredad colgaren puede demandar al juez que mande cortar las ramas que cuelgan sobre su heredad de que rescibiese daño; é si el otro non lo quisiere facer por mandado del juez, puédelo él mismo cartar, é non cae por ende en pena ninguna.*

La ley romana dedicó un texto especial para tratar de la *siembra*, apreciando la diferencia que puede haber entre la semilla de trigo, etc., y otra planta, v. gr., un arbusto. El derecho de Partidas trata juntamente de la plantacion y de la siembra, sin que esto produzca alteracion alguna, porque la doctrina es la misma.

Artículo 4.°

De la accesion en cosas muebles.

La accesion de las cosas muebles puede verificarse: 1.°, por *adjuncion*; 2.°, por *especificacion*, y 3.°, por *conmixtion*. Aunque estas palabras no se hallan en las leyes, las aceptamos por ser obra de la jurisprudencia y un elemento de método sumamente á propósito para determinar las causas y efectos que produce la trasformacion, el cambio de una cosa mueble.

Dicho se está que no hay accesion en las cosas artificialmente unidas, y que sin detrimento alguno se pueden separar. La accesion la constituye el acto que reune dos cosas, pero de manera que cambia y casi forma una nueva especie. El principio que regula este modo de adquirir ó este nuevo carácter de que es susceptible el dominio, es siempre: que lo acce-

sorio sigue á lo principal, mas la práctica ófrece tantas dificultades, que no sin motivo, han dicho distinguidos escritores, que en la imposibilidad de establecer principios absolutos, la legislacion toma de la equidad natural sus resoluciones: y estas resoluciones deben dirigir la conducta de los jueces en la resolucion de casos imprevistos (LA SERNA Y MONTALBAN).

A.

ADJUNCION.

Adoptada la nomenclatura, tenemos que adoptar sus especies, en lo cual tampoco hay inconveniente, pues, si la ley, como veremos luego, no desciende á cada uno de los actos que constituyen la adjuncion, dicta reglas apropiadas para todos.

Hay conjuncion, cuando dos cosas muebles pertenecientes á distintos dueños se unen de tal manera que las dos vienen á formar una sola. Se verifica por *inclusion*, como por ejemplo, si en el anillo de un individuo se engasta un diamante que pertenece á otro: por *soldadura*, que es el acto de unir á un vaso, á una estátua, un pié ó cualquier parte de otra, de diferente dueño: por *tejido*, lo cual sucede si se borda ó teje una tela propia con hilos de oro que pertenecen á otro: por *pintura*, ó *escritura*, como si alguno escribe ó pinta en pergamino, tabla ó lienzo ajeno.

Para la adjuncion, en sus formas generales rige la ley 35, cuyo contenido es el siguiente: [1] *Ayuntando algun home pie de vaso ageno al suyo, ó brazo, ó otro miembro de imágen agena á la suya, quier fuese de oro ó de plata, si la soldadura fuere fecha con plomo, quier haya buena fé, quier mala, en ayuntándolo á lo suyo, no gana por ende el señorio, ante lo debe dar á aquel cuyo era.* [2] *Mas si la soldadura fuese fecha de aquel metal mismo que eran amos los vasos, que ayuntó en uno, é ovo buena fé, cuidando que era suyo, estonce gana el señorio de aquello que ayuntó; empero, tenudo es de dar la estimacion al otro*

de lo que valiere. [3] *Mas si acaesciese que algun ome ayuntase á vaso ageno el pie del suyo si ovo mala fé, sabiendo que el vaso era ageno, pierde el señorio que habia en el pie de su vaso quier sea la soldadura fecha con plomo, quier con el metal mesmo. Esto es porque, pues, que él sabia que el vaso era de otro, é lo ayuntaba el pie del suyo, asmar debemos que lo queria dar al otro.* [4] *Mas si oviese buena fé, cuidando que era suyo, tambien el vaso como el pie, estonce no gana el otro el señorio de aquello que fué ayuntado; ante decimos que si quiere que el pie finque en el vaso, que debe dar la estimacion al otro cuyo es. E si por aventura non quisiere retener el pie debélo dar á su señor, é estonce non será tenudo de darle la estimacion.*

Aunque la ley es casuista su contenido no es dificil: ya que haya presentado un ejemplo, en vez de constituir una regla, probaremos á demostrar cómo en él se cumple la que establece la accesion. Supone dos casos: ó bien que el dueño de un vaso le une un pié ajeno, ó bien que el dueño de un pié le une á un vaso ajeno: la union en el primer caso no produce efecto alguno si se verificó por medio de metal estraño: la razon es clara: porque falta la adjuncion, ambas cosas pueden separarse. Habiéndose verificado la soldadura con metal de la misma clase, se ha verificado la adjuncion, y el dueño del vaso adquiere el pié, por el principio de que lo accesorio sigue á lo principal, sin mas obligacion, suponiendo que haya procedido de buena fé, que la de satisfacer al otro su importe. La regla en el segundo caso varia: el dueño del pié le pierde si le unió de mala fé á un vaso que sabia que era estraño: no se distingue entonces la clase de metal, pero es porque aunque en rigor no ha habido adjuncion, ha habido soldadura, y se le supone voluntad de dar el pié que ha unido al vaso: si procedió de buena fé tiene derecho, ó á que se le abone la estimacion, ó á que se le devuelva el pié que equivocadamente puso en cosa ajena: no podria el dueño de esta ganarla mediante la máxima seguida en las accesiones, pues tampoco es tan absoluta que autorice á nadie para enriquecerse á costa de otro: sirve para declarar la preferencia, y no dar,

v. gr., el vaso al dueño del pié, no para apropiarse accesorios que quizás valen mas que el principal, despojando de ellos á sus dueños que procedieron en un concepto equivocado. Y, ¿cuándo se dice que una cosa es principal y otra es accesoria? Hay que descender á algunos pormenores, pues la definicion que en otro lado dejamos espuesta, aunque rigorosamente gramatical, es menos jurídica de lo que conviene para evitar las dudas de la práctica. La estátua y el vaso citados, por ejemplo, en nuestra ley, no permiten dudar que se toma por principal lo que no necesita de un objeto estraño para existir. aunque el pié unido al vaso ó cualquiera otra parte añadida á la estátua, fuese cosa de mas valor, sería siempre un accesorio: sucedería lo que dice Justiniano del que decorase sú vestido con púrpura ajena: *licet preciosior est purpura, accesionis vice cedit vestimento.* En ambos casos está seguida la regla establecida por Ulpiano, por la que Vinio principia el párrafo de su comentario al texto de la Instituta: *cum enim quærimus quid cui cedad, non pretium spectamus, sed quid cujus rei ornandæ causa ahibeatur.* Si se tratara de cosas que cada cual pudiera existir por separado, entonces se tiene por principal la cosa de mas valor. Se atiende en otros casos á la magnitud, de modo que aunque la cosa adherida sea mas preciosa cede á la otra, como, por ejemplo, el pié ó mano adherido á la estátua. No habiendo diferencia en el tamaño, se atiende al precio, y cuando el de los dos objetos fuese el mismo, ninguno de los dueños es preferido, cada cual conserva el suyo (VINIO, *t. I. pág.* 186).

Pudiéramos para completar esta doctrina recordar el precedente romano, que tan preciso, que tan lógico es al ir á determinar las acciones; pero nos separaria esto de nuestro intento: nuestro derecho nos concede alguna mayor latitud, y el dueño de lo accesorio tiene un punto de partida en la ley que encabeza este artículo.

Ley 36.—[1] *Escribiendo algund home en pergamino ageno algund libro de versos ó de otra cosa cualquier, este libro debe de ser de aquel cuyo era el pergamino.* [2] *Pero si el que lo escribió ovo buena fé en escribiendolo, cuidando que era suyo el perga-*

mino, é que habia derecho de lo facer, si el libro quisiere haber aquel cuyo es el pergamino, debe pagar al otro por la escritura que y escribió aquello que entendieren omes sabidores que meresce por ende. [3]*Mas si oviese mala fé estonce pierde la escritura é es tenudo de dar el libro á aquel, cuyo era el pergamino, fueras si lo hoviese escrito por precio conoscido: ca estonce tanto le debe dar por él, cuanto le prometió.*

Los romanos sacrificaron por esta ley la justicia á la lógica. ¿Tiene algo que ver el papel con la escritura para hacer que esta ceda al primero como accesion? Todavia es muy estraño este defecto de aquella legislacion, porque habiendo conocido que la regla admitia escepciones, y no pudiendo ignorar el valor de un buen escrito, de esperar era que hubiesen dicho de él lo que establecieron y dispusieron respecto de la pintura. Considerando que tan sencilla reflexion no pudo ocultarse á aquellos legisladores, nosotros creemos que no pudo ser su objeto hacer al dueño del papel dueño tambien de las ideas, consignadas en él mediante la escritura; si no que atendido que este era entonces el único medio de conservar y trasmitir las producciones, lo que quisieron fué dejar la copia como accesoria del papel, independientemente de los derechos del escritor.

Fuera de este reparo que hace dudosa la justicia de la disposicion, el principio está lógicamente seguido: el dueño del papel lo es del escrito, pero no sin abonar antes al autor del mismo, que obró de buena fé, su trabajo á juicio de peritos. La mala fé recibe su merecido como en los ejemplos anteriores: el que escribió en pergamino ajeno, sabiendo que lo era, pierde su obra sin mas derecho que para recibir el precio de su trabajo, si es que se le ofreció.

Ley 37.— [1]*Pintando algun home en tabla ó en viga agena alguna imágen ó otra cualquier cosa, si ovo buena fé, cuidando que aquello en que lo pintaba, era suyo, é que lo podia hacer con derecho, el pintor gana el señorio de la tabla ó de la cosa en que lo pintó y, é es suya, tambien como aquello que pinta y. Pero tenudo es de dar aquel cuya era la tabla, tanto cuanto*

valia por ella. [2] *Mas si ovo mala fé, sabiendo que era agena aquella cosa en que lo pintaba para si, estonce pierde la pintura, é debe ser de aquel cuya era la cosa en que pintó. Ca semeja que pues sabia que la tabla era agena que queria dar á aquel, cuya era, aquello que pintaba y.* [3] *Eso mismo seria, si alguno debujase ó entallase para si en piedra ó en madera agena. Ca si lo ficiese por mandado de aquel cuya era la madera, el señorio de lo que asi fuese pintado ú entallado seria de aquel que lo mandó facer. Pero débele dar su precio por el trabajo que llevó en pintarlo ó entallarlo.*

Los romanos juzgaron impropio que una pintura de Apeles ó el Parrasio cediese á una tabla vil: *ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhassi in accesionem vilisimæ tabulæ cedere.* La ley alfonsina rinde igual homenaje al arte sin citar nombres propios, lo cual evita algunas dudas tratadas por los intérpretes. Fuera de esto, la ley pone el sello á la sutileza y al casuismo de todas las de su género. La tabla cede al pintor como la piedra al escultor si han tenido buena fé, abonando únicamente el precio de la piedra ó de la tabla. Esta primera parte es justa. El que haya procedido de mala fé, pierde la pintura y la escultura, porque se presume que quiso hacer un obsequio con aquello que pintaba. Tal presuncion, no estando acompañada de otras pruebas, es insostenible; y ese es el defecto de esta segunda parte. La última, es cuando menos inconducente: el que entrega mármol para que le hagan una estátua, ó dá preparada la tabla para que le hagan una pintura, claro es que se ha propuesto adquirir ambos objetos pagando el precio al autor. ¿Tiene esto nada que ver con la accesion? Está poco feliz el legislador en todas estas disposiciones: verdad es que Justiniano adolece de igual casuismo y minuciosidad. Esto hace indispensable acudir á la equidad, única que puede simplificar semejante doctrina en la práctica.

B.

CONMIXTION.

Está descrita en la ley 34, que vamos á copiar como fundamento para algunas observaciones.

[1] *Fundiendo algund ome oro, plata, ó otro metal ageno, ó mezclándolo con otro suyo sin placer de aquel cuyo era, faciendo dello masa ó vergas, en salvo finca el señorio al otro cuyo era en aquello que asi fundió ó ayuntó con lo suyo, quier haya buena ó mala fé aquel que lo fundió seyendo sabidor ó non si es ageno ó suyo.* De esta primera parte solo se deduce que el dueño de una cosa no la pierde solo porque alguien de buena ó mala fé, pero siempre sin su consentimiento, la confunda con otra suya. [2]*Mas si por aventura dos omes, ó tres, ó mas se acordasen á fundir ó mezclar de so uno oro, ó plata, ó otro metal, estonce aquello que se mezcla en uno es comunal á todos, é finca en salvo á cada uno dellos el señorio en aquello que ayuntó con lo de los otros, fasta en aquella cuantia ó peso que fué aquello que y mezcló.* La ley respeta la voluntad de los dueños, declarando comun en la proporcion correspondiente la sustancia resultante por confusion de dos ó mas especies. Confusion es el acto que consiste en la mezcla de cosas líquidas ó liquidadas. Pero la misma seria la regla aunque se aplicase á la mezcla de cosas áridas ó secas, què es lo que se llama conmixtion, como lo denotan las siguientes palabras de la ley: [3] *Eso mismo seria en todas las otras cosas que se mezclasen de so uno que se pueden contar, ó pesar, ó medir, ó que los homes se acordasen con su placer á mezclarlas ó ayuntar lo de los unos con lo de los otros.* La idea y los ejemplos están tomados de la Instituta, y otros textos del Derecho Romano. El principio subsiste invariable, ya permanezca la misma especie, como si se han mezclado vinos ó fundido juntos pedazos de oro y plata de distintos dueños, ya sea que resulte otra distinta, como sucederia con la mezcla de vino y mulso, ó de electro con oro y plata. La mezcla no resulta tan evidente en la *conmixtion*, porque cada

uno de los objetos sigue existiendo natural y separadamente: *utraque materia etsi confusa manet* (Dig. 6-1-5, § 1.°, frag. ULPIANO); pero fuera tarea larga, si es que no imposible, separar el trigo grano por grano: la mezcla voluntaria de estas especies, hace la cosa comun; los antiguos dueños tienen accion para pedir que se reparta dicha semilla. [4] *Esto mismo decimos si las cosas se mezclasen de so uno sin placer de sus señores, mas por ocasion, si fuesen de tal natura que se non pudiesen apartar las unas de las otras, asi como si mezclasen del olio ó del trigo de un ome con lo del otro, ó otra cosa cualquier semejante destas que fuesen amas de una natura ó de dos que se non pudiesen departir la una de la otra sin gran trabajo.* Lo que en los anteriores ejemplos se dice de la mezcla voluntaria se aplica en este á la union casual de cosas inseparables; la tercera especie resultante es comun, el beneficio será proporcionado si la cosa es capaz de producirle, si no lo fuere, cada cual sufrirá la pérdida de una desgracia, en la que no ha tenido parte la voluntad. [5] *Mas si las cosas que se mezclasen por ocasion fuesen de natura que se pudiesen apartar la una de la otra, asi como si se mezclase el oro de un ome con la plata, ó con el estaño, ó con el plomo del otro, tales cosas como estas que se pueden apartar las unas de las otras por fuego fundiéndolas, ó otras semejantes dellas, decimos que finca en salvo el señorio á cada un ome en lo suyo que asi se ayunta ó mezcla con lo de los otros.* No habiéndose combinado las especies, no puede decirse propiamente que ha habido confusion; la justicia aconseja que cada dueño se reintegre en la cosa que habia perdido, separando lo que no se habia podido unir.

Aparece del anterior análisis que la ley es defectuosa en la parte que requeria mayor esplicacion; que no establece las convenientes distinciones para asegurar la propiedad de una cosa unida á otra por intencion ó mala voluntad de uno de los dueños. No creemos que la primera parte, concebida con tanta generalidad, pueda bastar para resolver los muchos y varios casos de esta índole. Debemos suplir este silencio, que tambien se notá en el texto de la Instituta, mediante una distin-

cion que consideramos ajustada á los buenos principios. Cuando la cosa mezclada es capaz de separarse cómodamente, el dueño puede pedir su separacion y entrega de lo que le pertenece á costa del otro, mas si no fuere posible, como sucederia con la mezcla de trigo ó vino, el que hizo la confusion debe dar el precio al que no tuvo parte en ella, á menos que no prefiera que se divida la parte mezclada en proporcion de la cantidad y de la calidad de las especies.

Justo es añadir, previendo un caso resuelto por el Proyecto de Código, que como pudiera ser la mezcla perjudicial ó inútil y haberse hecho de mala fé, el causante de la pérdida la sufre, quedando además obligado á la indemnizacion de perjuicios causados al dueño de las cosas con que hizo la mezcla.

C.

ESPECIFICACION.

Se denomina así en derecho la formacion de una nueva especie, con objetos ó cosas pertenecientes á distintos dueños. De este acto que puede producir complicaciones en la propiedad, se ocupa principalmente la ley 33, que vamos á trascribir á fin de comprender mejor sus clases y aun suplir los defectos que son marcados en todas estas leyes.

Facen á las vegadas los omes para si mismos vino de uvas agenas ó olio de aceitunas de otro, ó sacan trigo ó cebada de mieses agenas, ó facen vasos, ó tazas, ó otras cosas de oro ó de plata agena..... E porque pueden acaescer contiendas entre los omes, cuyo debe ser el señorio destas cosas á tales, si de aquellos cuyas eran las cosas, ó de los otros que facen dellas algunas cosas, decimos [1] *que si aquellas cosas de que las facen, son de tal natura que non se pueden tornar al primer estado en que eran asi como las uvas que despues que sacan el vino, non se pueden tornar al primer estado, ni ganan el señorio aquellos que facen dellas alguna de las cosas sobredichas á buena fé. Pero tenudos son de dar á los otros cuyas eran, la estimacion de lo que valian.*

[2] *Mas si las cosas fuesen de tal natura que se pudiesen tornar al primer estado, asi como el vaso ó las otras cosas que ficiesen de oro ó de plata..... que se pueden fundir, en tales casos ó otros semejantes dellos, en salvo finca el señorio en sus cosas á cuyas eran, é non lo pierden por facer otri dellas alguna cosa de nuevo.* [3] *Empero, el que oviese mala fé en faciendo alguna cosa desas sobredichas, sabiendo que aquello de que lo face, es ageno; este atal pierde la obra que face, é non debe cobrar las despensas que fizo.*

La ley decide tres casos: en los capitulos de que consta debia declarar los derechos del especificante, y lo hace bajo el principio de una distincion que es evidentemente esencial tratándose de esta materia: la buena, ó la mala fé. En punto á especificacion era necesario elegir entre el derecho del dueño de la materia, ó del de la forma, ó concordarlos, y hé aqui lo que dividió por largo tiempo á las dos escuelas principales del Derecho Romano: dos elementos concurren á la formacion de un objeto cualquiera, la materia y la forma: los Proculeyanos considerando que sin la forma dada á un objeto, el objeto no existia: *quod factum est, ante nulius fuerat,* creian de mejor derecho y verdadero propietario al autor de la forma. Los Sabinianos, atendiendo á que sin la primera materia la cosa no hubiera existido, *sine materia nulia species effici possit*, decidian el caso en favor del dueño de la materia; siendo tan absolutos en su decision, que no distinguian si la primera materia habia desaparecido como los árboles hechos tablas, y convertidos en barcos, ó el oro cuya sustancia permanecia siempre la misma, aunque con él se hubiese labrado una copa. Esta exageracion obligó á los jurisconsultos á elegir un término medio, que fué el que Justiniano siguió en su Instituta, el que D. Alfonso propone en la ley esplicada. En lugar de preferir uno de los dos derechos, se ha tratado de concordarlos por una solucion que admite distintos principios: cuando se prefiere al autor de la forma que ha trabajado de buena fé, se finge que adquiere la propiedad de una cosa *nullius;* y esta ficcion es sostenible, pues la cosa que no admite restitu-

cion á su antiguo estado, es una verdadera creacion; su autor, y no el de la materia, debe de ser el dueño de ella. Mas si admite restitucion al nuevo estado, cosa que el dueño de la materia podia alegar, prescindiendo de la forma, sin darla, si cabe valor alguno, por no serle necesaria ó no convenirle; entonces se considera la forma una accesion y el dueño de la materia puede reivindicarla con la sola obligacion de abonar la mano de obra.

Esta solucion, con ser la mas ajustada á los buenos principios, no está exenta de algunos inconvenientes. Varian tanto los casos de especificacion indicados en la ley, que aplicarles una regla uniforme, es en ocasiones desconocer los derechos del verdadero dueño. Hacer vino de uva ajena, ó sacar trigo de mies ajena ¿son casos de especificacion? ¿No hay diferencia entre esto y hacer un vaso de metal ajeno? Pues bien: véase lo anómalo de la disposicion: á título de especificacion se concede la propiedad del vino al que no hizo mas que pisar la uva, como si esto no fuese lo principal: se concede el grano al que no hizo mas que trillar la mies ajena, como si este acto mudase la especie. Y en cambio, siendo en el segundo caso tan esencial la forma, pudiendo ser de tanto mérito la taza ó la copa hecha de metal ajeno, se desconoce el valor de este trabajo, se adjudica al dueño de un pedazo de metal en bruto, solo porque la obra se puede destruir, volviendo la materia por la fundicion al anterior estado. Con razon ha podido decirse que la equidad en estos y otros ejemplos parecidos se halla en oposicion con el tenor literal de la ley (*Elementos* de los Sres. SERNA Y MONTALBAN).

Es lástima que no tenga aplicacion en este punto el Proyecto de nuevo Código. Parte de estos inconvenientes se salvan con la redaccion del art. 424 en sus dos primeros párrafos. «El que de buena fé empleó materia ajena en todo ó en parte para formar una nueva especie, hará suya la obra, indemnizando su valor al dueño de la materia empleada. Si esta es mas preciosa que la obra en que se empleó, ó superior en valor, el dueño de ella tendrá la eleccion de quedarse con la

nueva especie, prévia indemnizacion del valor de la obra, ó de pedir indemnizacion de la materia.» En materia de accesiones debe profesarse la máxima de que «la cosa debe ser de aquel á quien se seguiria mayor daño de que asi no se hiciese,» pero sin transigir nunca con la mala fé, que debe de ser condenada á la pérdida de la cosa ó del trabajo, y á las indemnizaciones.

SECCION II.

EXÁMEN HISTÓRICO DE LA PROPIEDAD.

§ I.

Utilidad de este estudio.

De la propiedad puede decirse lo que del derecho: es una en su esencia, distinta en sus aplicaciones, la misma en la razon, aunque no la misma en la historia. «Donde la familia, dice el Sr. Alvarez, tiene el carácter de poder público, mas que el de una institucion doméstica, la propiedad participaba de esta condicion. En donde dominaba el principio aristocrático, la propiedad era regida por la vinculacion, por el principio de la acumulacion de la fortuna, de la primogenitura. En los pueblos modernos, que rige el principio de la igualdad politica y civil, la libre circulacion de la propiedad, la desamortizacion, la igualdad en las sucesiones, son los principios que determinan su índole. La historia de la familia es la historia de la propiedad. La historia de estas dos instituciones, es la historia de la humanidad, es por lo menos la historia de las grandes épocas del mundo.»

En menos palabras no puede bosquejarse el objeto que vamos á presentar en reducidos cuadros, y aunque ese breve compendio de una grande historia pudiera contraerse á la gran propiedad, la propiedad del suelo, analizando las vicisitudes de este derecho, no olvidaremos que la propiedad admite todas las formas de que es susceptible el dominio de las

cosas, comprende los productos de la tierra y las creaciones, muchas veces fantásticas, del ingenio.

§ II.

De la propiedad romana.

Su exámen constituye la primera parte de una obra, harto conocida, de Laboulaye, y es el objeto de otras ventajosamente reputadas. Pero si proponiéndonos examinár los feudos, señoríos, mayorazgos, y las últimas leyes de desvinculacion, necesitamos el auxilio de ajenas investigaciones para que no se diga que empezamos por donde acaba la historia de la propiedad, debemos evitar la difusion que seria el grave escollo de un análisis detenido. Los inconvenientes están compensados en el mundo; de muchos nos libra la precision de ajustar nuestro trabajo á lo que meramente exije una obra doctrinal.

Ager publicus.—Apenas se concibe que se haya impugnado la propiedad; esa necesidad de todos los hombres, esa ley de todos los tiempos. Es notable la historia de la propiedad en Roma. No habia empezado á organizarse la familia, y el primer legislador de aquel pueblo, compuesto, segun se dice, de aventureros que carecian de patria y hogar, principia dividiendo la ciudad en tribus, las tribus en curias, reparte la tierra en treinta porciones, y señala una porcion á cada curia. Del resto de la tierra reservó la parte necesaria al culto, y aplicó lo demás al Estado. Descúbrese aqui no una division arbitraria, sino el plan de una organizacion social. Cuantas colonias llegó á reunir aquel pueblo, que fueron muchas, todas se fundaron á ejemplo de la Metrópoli: al lado de las propiedades particulares se hallaban las religiosas, se hallaban las comunes.

A los que consideran la propiedad desnuda de toda garantía, vamos á recordarles otro hecho deducido tambien de la misma historia. Los límites de las tierras que constituian la propiedad privada se hallaban consagrados por ritos originarios

de las costumbres etruscas. La religion protegia el dominio del ciudadano; saltar la cerca del campo vecino era un crimen capital. Admiramos la santidad de la familia romana, representada en sus Dioses penates, y no queremos recordar que del mismo modo fué sagrada la propiedad colocada bajo el amparo del Dios Término.

Jamás los romanos dieron ni pensaron en dar leyes que atentasen á la propiedad particular. Semejantes leyes además de ser una violacion de los derechos de la propiedad, derechos respetados por todos los legisladores, hubieran sido un indigno sacrilegio: la religion defendia contra todo ataque la tierra de cada ciudadano y el sepulcro de sus padres.

Cuando la filosofía penetra en la historia para arrancar verdades que alienten la fé, y no pretestos de contradiccion que lleven al escepticismo, la filosofía es un gran bien. Pocos descubrimientos habrán sido mas útiles que el de Nieburh y su escuela, que habiendo puesto á verdadera luz las leyes agrarias, que habiendo conseguido aclarar su objeto, han quitado la ocasion de un grave escándalo. Ya se sabe que no eran, ni mucho menos, un atentado contra la propiedad. El escritor que nos sirve de guia en estos apuntes describe en breves términos las causas que dieron orígen á esas leyes: «Roma en su orígen se hallaba dividida en dos clases: la una era la plebe ínfima y miserable; la otra la formaban las grandes familias patricias, dueñas esclusivas de la tierra y del poder. Los patricios se atribuian la posesion esclusiva del *ager publicus*, y muy semejantes á los señores feudales, concedian alguna porcion de sus tierras á sus clientes, concesion enteramente precaria y revocable á voluntad del donador; la plebe por el contrario no tenia derecho si no á la posesion de algunos pastos comunales.» Ahora bien, ninguna injusticia se perpetúa, ninguna institucion es culpable de las que cometen los hombres. Despues de una lucha de dos siglos C. Licinio, Stolo y L. Sextio, consiguieron que la plebe tuviese participacion en el *ager publicus*, é introduciendo la igualdad en el derecho de poseer, destruyeron el poder político de la clase patricia.

La propiedad debe ser un gran bien, porque es una irresistible aspiracion. Las segundas leyes agrarias han venido á demostrar que los patricios no cedieron de su ambicion, puesto que la clase pobre tampoco cesó en sus quejas. Esperamos que no se nos haga un argumento por el resultado de estas leyes, que han pasado á la posteridad manchadas con la sangre de dos hermanos. La historia consigna el castigo de ese gran crimen para escarmiento de los que ambicionan el poder por el camino de la usurpacion y de la violencia. La plebe se alistó bajo las banderas de los revoltosos para obtener por la fuerza la propiedad que las leyes la negaban. Sila, distribuyendo tierras á cuarenta y siete legiones, puso á merced de estas no solo el *ager publicus* sino la Italia entera. César, siguiendo los pasos de Sila, estableció mas de ciento veinte mil legionarios. Antonio, imitando á César, durante su triunvirato dió á sus soldados diez y ocho ciudades de las mas florecientes, y andando el tiempo, fundó solo en Italia veinte y ocho colonias. Sabemos que ni aun con esto se evitó la acumulacion de riquezas: peor para los poderosos; siempre se ha visto que el mal se vuelve contra sus autores. Ninguno evitó la comun desgracia en un pueblo que puede contar entre las causas de su ruina el desaliento de las clases pobres, la corrupcion de las clases opulentas.

Suelo itálico.—Ha sido de gran significacion esta palabra en la historia de Roma, y todo consiste, segun observa el mismo autor, en que Roma participaba de la idea dominante en todos los pueblos de la antigüedad: que el derecho de una nacion no protegía sino á los individuos que la componian. La exageracion de este principio, que hizo se considerase como enemigo al estranjero que no podia ser romano, descubre cuál pudo ser la condicion de los vencidos, cuando este pueblo estendió la conquista por Italia y por todas las provincias. Sin embargo, no es fácil dar una idea exacta de la situacion política de los pueblos de Italia: primero, por falta de noticias antes de su reorganizacion consumada por la ley Julia en el año 664; y segundo, porque su suerte no era la misma en

todas partes. Gozaban de diferentes derechos á voluntad del vencedor, aunque con el tiempo, no mucho despues de publicada la ley Licinia Mucia, se concedieron los derechos políticos, primero á los latinos, mas tarde á toda la Peninsula. Desde que la propiedad romana adquirió los privilegios del dominio quiritario, no quedaron en el mundo mas que dos especies de propiedad: la propiedad italiana y la provincial.

Propiedad provincial.—Se diferenciaba de la anterior bajo dos aspectos: primero, que no saliendo las tierras que la constituian de la propiedad del Estado, el que las poseia era una especie de detentador, casi privado de todos los derechos civiles. Ni podia ser otra cosa, segun el plan de distribucion: «el territorio de las provincias conquistadas quedaba agregado al dominio del Estado, perdiendo sus habitantes con la propiedad de la tierra sus leyes, sus franquicias y sus magistraturas. Una parte de la misma se vendia ó arrendaba públicamente por los censores: la otra se dejaba á los antiguos poseedores mediante un cánon impuesto sobre la misma tierra tambien arrendada.» Y aquí viene la segunda diferencia: «el impuesto sobre la propiedad inmueble, era la consecuencia del principio que reservaba el dominio al Estado: el vectigal era en cierto modo el alquiler ó arrendamiento que los habitantes de las provincias pagaban por las posesiones que Roma les concedia en usufructo.

Las preeminencias de la Italia eran incompatibles con el régimen imperial. Esta revolucion que lo habia alterado todo, no podia conservar ilesa la propiedad quiritaria ó romana: Augusto atacó sus principales franquicias con dos gravosos impuestos: la vigésima parte de las sucesiones, y la centésima de las adjudicaciones. Otro Emperador, para estender en las provincias el impuesto de la vigésima parte, y los impuestos indirectos con que se habia cargado á la Italia, hizo comun á todas las provincias el derecho de ciudad romana. Pero ¡cosa particular! Caracalla, que pretendia cambiar la condicion de los individuos dándoles un título que habia dejado de ser honroso, conservó la diferencia de las tierras dispensándolos del

impuesto sobre la propiedad inmueble. Esa escepcion se sostuvo principalmente en el derecho civil hasta tiempo de Justiniano, sábio Emperador, que si no siempre supo leer en el pasado, adivinó lo que convenia á su presente, acomodando el derecho á las exigencias de la nueva civilizacion y de las nuevas costumbres.

La propiedad romana en sus relaciones con el derecho privado se distinguia por el carácter enigmático que imprimió una fisonomía especial á todas las instituciones. La ley de las doce tablas, ha dicho Ortolan, no conocia mas que una especie de propiedad, que solo el ciudadano era capáz de tener, pues el estranjero no podia aspirar á ella; y esta propiedad no se adquiria, ni destruia, ni trasladaba de un ciudadano á otro, sino por ciertos hechos limitados: *mancipia, usus auctoritas ó usucapion, cesion in jure*, etc. Los jurisconsultos llamaron á esta propiedad *dominium ex jure quiritium*, dominio romano, denominándose *dominus legitimus*, propietario segun ley al que lo tenia (*pág. 7.ª lib. II*).

El mismo autor añade: «al lado del dominio romano, único que reconoció algun dia la ley de las doce tablas, se coloca una especie de propiedad particular introducida por el derecho de gentes para modificar el derecho estricto.» Debe advertirse, dice Gayo, que entre los estranjeros el dominio es uno: ó uno es propietario ó no lo es. El mismo derecho se hallaba establecido en otro tiempo entre los romanos: ó uno era propietario segun la ley romana, ó no lo era absolutamente; pero despues se dividió el dominio de tal manera, que uno podia tener la propiedad romana de una cosa, y otro tener la misma cosa entre sus bienes. El principio de esta diferencia debe referirse á la introduccion del derecho de gentes despues de la conquista de Italia: ella dió origen á la distincion entre el dominio quiritario y bonitario, é influyó en los modos antes indicados de adquirir, trasmitir y perder (*pág. 15.ª*).

Añade, por último: «en tiempo de Justiniano desaparecieron tanto el dominio romano como la propiedad imperfecta regular, reconociéndose solo una propiedad, pero ordinaria y

despojada del carácter misterioso que la habia comunicado el derecho primitivo. Con todo, no debe atribuirse esta alteracion á Justiniano solo, pues en realidad no existia ya el dominio romano, ni quedaba de él mas que el nombre.» Tales antecedentes disculpan la crítica que hace el Emperador de una nomenclatura que afectaba desconocer. «Este nombre de dominio, *ex jure quiritium*, dice, en nada se diferenciaba de un enigma: en vano se buscaba este dominio, pues nunca se le encuentra en los negocios reales, siendo una palabra vana que viene á amedrentar el ánimo de los jóvenes en los primeros estudios. Así, pues, en la legislacion de la Instituta no se hace ya alguna distincion entre tener una cosa en su dominio, ó tenerla en sus bienes, cada cual es propietario por completo de los objetos que ha adquirido, sean los que sean.»

Justiniano como todo reformador no se vió libre de cometer algunas profanaciones: sin embargo, hay mas belleza que verdad en la comparacion de Laboulaye: el árabe destruye sin compasion las lápidas de los sepulcros egipcios para colocar sobre ellas su miserable aduar. ¿Puede compararse á ellos Justiniano, el gran legislador de los pueblos, que ha ganado este nombre por salvar los restos de una civilizacion que sin él habria sido quizás completamente perdida? ¿Qué hay que oponer al derecho de propiedad, tal cómo le concibió, tal cómo le desenvolvió Justiniano en sus inmortales códigos?

§ III.

De la propiedad germana.

Artículo 1.°

Influencia de las costumbres germanas en el derecho de propiedad.

De poco serviria considerar estas tribus en su estado nómada, llevando una vida errante ó por los montes de la Germanía ó por las llanuras del Asia. No hay motivo para desmen-

tir á Tácito, que describe aquellos pueblos entregados á los vicios propios de un estado semi-salvaje, abandonando á los esclavos el campo y los ganados, que eran sus únicas riquezas, y teniendo por cobardía ganar con el sudor lo que podian adquirirse con la sangre. Pero tampoco le hay para contradecir á la historia, que relata la ambicion impaciente y el deseo de engrandecimiento de los antiguos legionarios y aliados de Roma, que invaden este Imperio y se reparten sobre el campo de batalla los miembros de este coloso.

El carácter de la conquista entonces verificada no fué otra cosa que la material ocupacion y division de la propiedad de los vencidos. Los visigodos en España y los borgoñones en Francia tomaron para sí las dos terceras partes de cada propiedad, como los Erulos tomaron una en Italia y como los Lombardos en vez de este método de reparticion prefirieron dejar todas á los antiguos propietarios, gravándolas con el censo predial del tercio de los frutos. El hecho de esta distribucion está confirmado por las leyes. La 8.ª, tít. I, lib. X del Fuero Juzgo, dice: *El departimiento que es fecho de las tierras é de los montes entre los godos é los romanos en nenguna manera debe ser quebrantado, pues que podier ser probado, nin los romanos deben tomar nen demandar nada de las dos partes de los godos, nin los godos de la tercia de los romanos, si non cuanto les non diéremos, é los departimientos de los padres, los fijos nin su linage non lo deben quebrantar.*

La 9.ª añade: *Los montes que son por partir entre los godos é los romanos, si el godo ó el romano toma ende alguna partida: : : mandamos que si finca otra tanta tierra en que se pueda entregar al otro, debe se en ello entregar, é si non fincare en que se entregue, partan aquella tierra labrada.* Estas dos leyes, que Villadiego atribuye á Sisenando, prueban que los vencedores llevaron la mejor parte en la conquista, y sirven para que de ella se forme un juicio próximamente exacto. A este primer efecto de la conquista se une otro todavía mas grave que los escritores deducen de las costumbres de los pueblos septentrionales, y que pretenden hallar reflejado en su propie-

dad. Ha existido en Europa un fenómeno universal que ha contado siglos de existencia, que ha sobrevivido á grandes crísis, que modificándolo todo, marcó con un sello especial el individuo, la familia, la propiedad, el Estado, fenómeno apreciado de distinta manera, pero uniformemente reconocido; ese fenómeno es el feudalismo. ¿Dónde nació, cuál ha sido el origen de semejante institucion? Esa es la parte práctica de nuestro exámen.

Artículo 2.°

I

Nocion del feudalismo, su exámen en la España goda.

En el compañerismo de los germanos y en los presentes ó regalos del jefe de bando veia Montesquieu nacer los vasallos y los feudos. La framea y el caballo de batalla fueron reemplazados por tierras, y estas tierras son los beneficios. Pero los beneficios no se comprenden sin la recomendacion, que era la libre eleccion que hacia todo guerrero de un jefe, á quien entregaba su persona y su vida mediante compromisos recíprocos. El beneficiario se hacia por la prestacion del juramento vasallo del señor, y esta cualidad le imponia hácia el donador ciertas obligaciones, que se pueden reducir principalmente á dos: 1.ª, el servicio de la guerra cuando era requerido por el señor; 2.ª, servicios cerca de la persona ó en la córte del señor. A este propósito conviene no olvidar que desde la conquista empezaron los reyes bárbaros á rodearse de sus parciales como antes lo estaban de sus compañeros, dividiendo con ellos los dominios reales. Estos parciales tenian el primer puesto en el Estado, las funciones públicas y las de Palacio, los títulos de Conde, los mandos militares, y por retribucion los beneficios.

Ninguno de estos accidentes falta en la siguiente relacion del autor de la Memoria sobre el Feudalismo, por lo cual no es de estrañar que el Sr. Escosura y Hevia le considere como el primero y mas natural efecto de la conquista. «Repartieron, dice, las tierras conquistadas con desigualdad ó *secundum digna-*

tionem, y la liberalidad de los reyes, que en las selvas germánicas consistia en dar á sus comités ó compañeros armas, caballos ó banquetes, los compensó despues de la conquista con la propiedad territorial: hé aquí el orígen de los *beneficios militares.* Y estas tierras se repartieron entre los jefes y caudillos con la obligacion de prestaciones y oficios personales: hé aquí el orígen de los *honores* y *homenajes.* La religion del juramento intervenia en estos pactos: hé aqui el orígen de la *fidelidad*, que equivalia á su observancia. Los pueblos germanos consideraban como siervos á los moradores de los paises conquistados, no conocian el cultivo de las tierras, ocupacion que miraban como deshonrosa: hé aqui por fin el orígen de la *servidumbre solariega.*»

No es esta una idea original, es solo un juicio de eleccion entre dos opiniones contrarias sostenidas por dignos escritores. Para nadie es un misterio que unos admiten, otros niegan la existencia del feudalismo en la Península, principalmente en Castilla, divergencia que tiene á nuestros ojos conocida esplicacion. El feudalismo admite muchas formas: ha tenido principio antes de llegar á su apogeo, ha existido en germen primero que como institucion. Segun el diferente modo de considerarle, así podrá ser ó no verdad que haya existido en un punto. Los rudimentos de feudalidad se han conocido donde quiera que no ha habido otra base de poder público que el vínculo de fidelidad formado por deberes recíprocos. El autor de la Memoria sobre Señoríos afirma que Homero y Virgilio la describen ó la hacen inferir de lo que cuentan en varios pueblos de la antigüedad, y que aun en la misma Roma, su plebe y su patriciado, su patronazgo y su clientela, su dominio quiritario y bonitario suponen que desde el principio se llegó á conjeturar esta forma de gobierno. Un escritor que así aprecia las relaciones de clases nada menos que en Roma, ¿qué no podrá decir del pueblo germano, que ni fué monarquía, ni república, ni imperio, que elegia sus reyes de entre la nobleza, y nombraba por jefes á los mas valientes? Las costumbres se modifican, pero difícilmente cambian: estraño habria sido que

los godos conquistadores perdiesen su independencia, y que faltos en un principio de un poder fuerte abdicasen desde su establecimiento en España sus hábitos de rudeza, su principio de individualismo. Descúbrense vestigios de los antiguos pactos y contratos de los buccelarios en un acto que con arreglo al lenguaje de la época, puede llamarse una recomendacion. A ese acto, que segun se ha visto, vino á ser general en la Europa germana, puede corresponder entre nosotros la ley 1.ª, tit. III, lib. V del Fuero Juzgo, que dice: *Si algun home diere armas á aquel que ayuda en lid, ó otra cosa, débelo aver aquel á quien es dado, y si despues quisiere tomar otro sennor puédelo facer si quisier, ca esto non puede ome defender á ome libre que es en su poder.* En una palabra: entre los godos se conoció el vasallaje; un título entero del inmortal código de este pueblo tiene por objeto fijar las relaciones del vasallo con su señor.

Del mismo modo: ó se supone que los magnates tenian cortoda toda relacion con su caudillo, ó es de creer que no recibieron su parte en el botin, que no se les hizo el beneficio de tierras sin que se ligasen con alguna obligacion. ¿Dejarian de tenerlas los godos, de quienes cuenta Gibbon que en la insurreccion de la Mesia contra los romanos, mientras las trompetas daban la señal del combate, se hacian juramento de fidelidad? No, á esa costumbre no faltaron. El Rey Ervigio estando para morir absolvió á los grandes del homenaje, palabra que en el latin de la edad media era el pacto con que un hombre libre se hacia hombre de otro ó su vasallo. Repetidos decretos de los concilios insisten sobre el deber de los vasallos de cumplir sus compromisos de fidelidad, asi como el que contraian los monarcas de respetar el premio dado á los fieles del rey anterior. El deber principal de un pueblo guerrero debia ser el servicio de las armas: en el Fuero Juzgo hay leyes de Wamba que establecen el número de vasallos con que han de concurrir, y reprende la indolencia ó la cobardía de los que evitaban este servicio.

Que los godos conocieron la servidumbre solariega, indi-

cacion que dejamos tambien consignada en el pasaje trascrito del Sr. Hevia, esto es indudable. Las leyes 11 hasta la 14 inclusive, tit. I, lib. X, prueban que se valieron del colonato, dando por cierto cánon anual algunas tierras con renta. Titulos enteros de este mismo código hablan de la servidumbre personal; y esto es bien lógico. Desde los últimos tiempos del imperio hasta la definitiva constitucion del gobierno de los pueblos septentrionales, hay un periodo intermedio, que no sin razon, un escritor ilustre considera una importante época en la historia. Ese tiempo, en el cual los godos tuvieron amistad ó relaciones con los romanos, les hizo tocar las ventajas del colonato y de la infitcusis, últimos remedios á que estos acudieron para salvar su decadente agricultura. De esta indicacion se desprende una idea que se relaciona perfectamente con el feudalismo. A la propiedad en España puede aplicarse lo que dice Laboulaye hablando de la propiedad germana: «Siendo la tierra el orígen y la señal del poder, la propiedad significó bien pronto mejor que nada la condicion de las personas. La señal entonces se hizo causa, y el estado de las personas se determinaba por el de la propiedad. Un gran propietario bárbaro ó romano, se hacia bien pronto noble y grande; los descendientes de los que habian perdido sus bienes, se confundian en la masa del pueblo, y los sucesores de aquella propiedad, cualquiera que fuese su origen, eran á su vez nobles y grandes. Esta revolucion lenta que hizo prevalecer las relaciones de la propiedad sobre las relaciones personales, es la historia de la época germana. Cuando la revolucion se cumplió, y la acumulacion de la propiedad formó la nobleza y la grandeza, empezó el sistema feudal» (*Cap. I, lib VI*).

Todos estos elementos reunidos preparan un suceso, no le constituyen; estos antecedentes que hemos debido consignar en obsequio á la verdad histórica, no nos arrancan la última confesion. Despues de examinar lo que fué el feudalismo en Europa, y apreciar en lo que valen ciertos rasgos peculiares de los pueblos primitivos; despues de ver lo que ha sido la organizacion feudal como forma de gobierno, y comprender la

admirable estructura de la Monarquía gótica, que en nada se asemeja al fraccionamiento de aquel régimen, no podemos dejarnos seducir por simples apariencias: nuestra opinion, conforme con la del Sr. Lista y el Sr. Marina, nos induce á afirmar, que lejos de que dicha Monarquía fuese un gobierno feudal, ni nada que se lo pareciese, el gobierno de los reinos de Castilla y de Leon fué, segun espresion del último de estos escritores, un gobierno monárquico, y su constitucion política la misma que la del imperio gótico en todas sus partes, infinitamente distantes de los demás gobiernos entonces conocidos en Europa, é inconciliable por sus principios, leyes y circunstancias con las monstruosas instituciones de aquellos gobiernos feudales.»

ARTÍCULO 3.°

Dominacion árabe.

Dejamos consignados algunos preliminares que nos servirán para tratar de hechos é instituciones correspondientes á la nueva época, cuya historia vamos á reseñar. Este período es vastísimo: si hubiéramos de buscar su fin, tendríamos que estudiarle en los Reyes Católicos, que tomando á Granada dieron feliz cima á la gloriosa reconquista de siete siglos. Pero aunque no vayamos tan allá; aunque dividiendo un período que sería demasiado largo, examinemos la organizacion social y política que precede á la época del renacimiento, ¿se podrá negar que el feudalismo existía en España antes del reinado de D. Alonso? ¿Quién no vé por todas partes esa institucion que el Sábio rey se propuso reglamentar en su famoso Código? Entonces debió existir el feudalismo, porque este supone principalmente dos cosas: fraccionamiento del poder público; division de este poder entre clases poderosas: ambos elementos descuellan en esta época, en que toda idea de unidad desaparece; la legislativa por los fueros municipales; la monárquica por la creacion de los señoríos, y si se quiere, hasta la unidad nacional, por la division y organizacion

privilegiada de los alfoces y concejos. ¿Es ó nó cierto que merced á aquel acontecimiento que puso en pié de guerra á un pueblo casi afeminado en las dulzuras de la paz, que hace de cada propietario un caudillo, la España antes monárquica vino á ser una España feudal? Si contestáramos como historiadores diriamos que no: todavía en ese tiempo, el mas á propósito para el establecimiento del feudalismo, ese régimen no se entroniza en España: compárese lo que este era en Francia, en Inglaterra, donde se conservó sin mezcla de otra parcialidad, y lo que era el supuesto feudalismo en los tiempos mas difíciles de la reconquista, y parecerá imposible que una misma causa produjese tan distintos resultados. En Francia se llegaba por el feudalismo á la unidad: si se le ha considerado útil, si se aplauden sus ventajas, fué porque haciendo del vasallaje un principio de obligacion, dió al poder una cohesion que no tenia; formó de eslabones desprendidos una robusta cadena, que uniendo al vasallo con el señor, y al señor con el rey, identificó en una suerte comun todas las clases del Estado. Lo contrario, precisamente, acontecia en España. ¿Qué feudalismo es ese que alienta la rebelion de los señores, qué produce la emancipacion de las ciudades, qué aisla, se puede decir, al Monarca entre vasallos enemigos? En materia tan difícil un juicio absoluto seria espuesto, aunque nos brindase la ocasion nosotros no le dariamos, nos falta ciencia para pronunciarlo. Comprendemos mejor el fin de nuestro trabajo. Lo que como historiadores pondriamos en duda, como jurisconsultos lo reconocemos terminantemente.

El feudalismo, como toda institucion, es vario en sus accidentes. Todo se halla impregnado de ese espíritu en una época en que el agua y el aire eran objeto de feudo; y la España tuvo motivos especiales para no eximirse de su influjo: esos motivos son: 1.°, el haber tenido un orígen casi comun con el de otros paises, de lo que procedia identidad en la base de sus instituciones; 2.°, el trato íntimo con la córte francesa, donde mas prevaleció ese régimen. A fines del siglo XI empezó á hacer progresos el feudalismo en los reinos de Leon, Castilla

y Galicia, unidos bajo la corona de D. Alonso el VI. Contribuyeron á ello los enlaces de este poderoso Monarca con Princesas de Francia, que establecieron entre ambas córtes estrechas relaciones, y que aumentando el favor de ilustres individuos de aquel reino, aseguraron el predominio de ciertas ideas y de ciertas influencias. Como el terreno estaba ya preparado bastó solo esta causa para que el feudalismo, sin poder penetrar en el corazon del árbol, se esparciese, no obstante, por la corteza. No faltan pruebas de haberse dado el título de feudo á simplés concesiones vitalicias del fruto de algunas propiedades, en términos que si valiera juzgar de esa institucion por el significado de ciertas palabras, seria preciso reconocer que la España habia tomado el aspecto de sociedad feudal. Esta influencia puede servirnos de guia para distinguir las multiplicadas formas de propiedad y las absurdas y caprichosas prestaciones de aquellos tiempos. Como institucion feudal, faltábanle al feudalismo usado en España esenciales caractéres; á saber: la perpetuidad y el servicio militar. Ninguna de las concesiones hechas por los monarcas tenia aquel orígen, ninguna exigía del agraciado la prestacion de aquel servicio. Pero en puntos accesorios su influencia aparece por do quiera: se encuentra en el fraccionamiento del poder público, que vemos repartido entre el Rey y las clases privilegiadas, el clero y la nobleza, se encuentra en la preponderancia de estas clases, invéstidas de todas las funciones mayestáticas en los territorios de su jurisdiccion, llámense abadengos, solariegos ó behetrias; se encuentra en la idea municipal desenvuelta en nuestros concejos, á los cuales se dota con fueros permanentes y se les descarga de prestaciones onerosas, pero cuya poblacion se divide, no obstante, y para ello no hay mas que recordar el fuero de Leon, en clases que revelan el privilegio, que descubren el flaco de aquella organizacion social.

Hemos creido que nos fuese permitido hacer esta ligera escursion; coloquémonos ya en nuestro terreno: nosotros estamos examinando la historia de la propiedad, una de sus fases se dice que es la feudalidad, se pregunta: ¿está justificado este

carácter? hé aquí nuestro asunto: si, lo está; destrúyase ese supuesto, y no se comprenden la mitad de nuestras antiguas leyes, y son en parte inútiles las últimas de Señorío. El significado de esta palabra nos ocasionaria nuevo motivo de digresion; pero lo consideramos inútil, esta obra supone estudios anteriores; contando con los que se han hecho de la historia de los códigos, ya no tendremos que repetir, nos bastará con indicar la division de los señoríos.

El lector nos ahorrará el trabajo de que le recordemos dónde y cómo se trata esa materia. ¿De dónde le viene al Fuero Viejo su carácter de nobiliario si no de la minuciosidad con que describe las especies de señoríos y los derechos de estas clases? La época de la publicacion de este código no es la fecha de su antigüedad. Este libro es mas antiguo: es anterior al reinado de D. Alonso VIII, que no quiso prestarle su aprobacion, y cuenta entre sus materiales las fazañas desaguisadas, y hasta los malos fueros de los antiguos señores. Ese código campea en el terreno de los privilegios, pero no es el único: las leyes de Partida y el Ordenamiento de Alcalá diéronle autoridad, y algun título de la Novísima habia venido á darle fuerza obligatoria. Con arreglo á esos precedentes, podemos distinguir, con el Sr. Sempere, varias propiedades de la edad media: tierras realengas, abadengas, solariegas y de behetria, en todas las cuales se descubre mas ó menos marcado el carácter feudal, y eso es indudable, pues hay en las varias especies de señorío prestaciones tan caprichosas, que si se prescinde de ese origen, no tienen esplicacion.

Artículo 4.º

Origen de ciertos privilegios.

La historia de algunas adquisiciones es bien conocida: España se habia convertido en un gran campamento militar: la guerra que demandaba grandes sacrificios, procuraba tambien

inmensas utilidades. Pronto debia venir el engrandecimiento del clero y de los magnates, clases que siendo ya poderosas desde el principio de la Monarquía, auxiliaron á los reyes á la empresa de la reconquista, en premio de cuyos servicios, ó recibian grandes mercedes, ó se adjudicaban en propiedad todo lo adquirido por derecho de conquista. Es estraño que se promueva disputa sobre la legitimidad de estos títulos: esa cuestion no se resuelve por principios, sino por la fuerza de las circunstancias, que son mas poderosas que todas las filosofías. Las recompensas militares han sido próximamente las mismas en todos los tiempos: podemos recordar un hecho, citado oportunamente por un señor Diputado, en la discusion de la Ley de Señoríos. «Cuando el duque de Bervick ganó la batalla de Almansa, le dieron en premio á aquel caudillo los ducados de Liria y de Jerica. Las Córtes estraordinarias concedieron al general Wellington el ducado de Ciudad-Rodrigo y el Soto de Roma. El orador, contrayéndose á su época, no encontraba impropio que las Córtes, en vez de aplicar los bienes nacionales á la estincion de la deuda pública, hubiesen dispuesto de ellos para recompensar servicios prestados con ocasion de nuestras discordias civiles.

Un premio que tan natural parece en pleno siglo XIX, era de necesidad evidente en los tiempos azarosos de la reconquista; las inmunidades de ciertos pueblos, las donaciones hechas á los grandes caudillos no tienen mas que ese orígen, y ese orígen es respetable. La primera diligencia, despues de una espedicion militar, era pagar y subsanar á los soldados los daños recibidos en sus cuerpos y en los equipajes. A lo cual, añade Sempere, fué consiguiente que un código que recoge las costumbres generales, un código que se levanta en medio de la edad media, como testimonio vivo del estado social y político de su época, el Código de las Partidas, consagrára un título entero para decir cómo habian de pagarse las *enchas*, enmienda ó compensacion de las heridas, y la distribucion de lo conquistado. Esta indemnizacion es antes que todo, pues como dice la ley 2.ª, tít. XXV, Part. II, *ome es la*

mas honrada cosa que Dios fizo en este mundo. é bien asi como los sus fechos son adelantados entre todos los otros, otrosi tuvieron por bien los antiguos de fablar primeramente de lo que á ellos pertenescen: é por ende pusieron que las enchas que pertenescen á sus cuerpos fuesen primeramente fechas que las otras..... Los prisioneros debian recobrarse por rescate; las heridas de la cabeza, *si fuese de guisa que non pudiese encobrir con los cabellos, que le diesen 12 mrs., por ferida de la cabeza de que le sacasen hueso 10 mrs.: por quebrantamiento de pierna ó brazo de que no saliese lisiado para toda via 12 maravedis: y si fuese lisiado asi como si perdiese ojo ó nariz, ó mano, ó pié, por cada uno destos deben haber 100 mrs. La enmienda ó compensacion por los muertos era de 150 mrs. por los caballeros, y la mitad por los peones* (ley 3.ª).

Satisfechas las enchas, la particion de lo conquistado se hacia en la forma referida por las leyes del tít. XXVI, Part. II. El quinto de todas las ganancias era precisamente para el Rey, de tal suerte, *que no podia enagenarlo por heredamiento, y si solo durante su vida porque es cosa que tañe al señorio del reino señaladamente* (leyes 4.ª y 5.ª). Tambien pertenecian *al rey enteramente los gefes ó caudillos mayores de los enemigos con sus mugeres, hijos, familias, y muebles y servidumbres.* Pertenecian igualmente á la Corona las villas, castillos, y fortalezas, y los palacios de los reyes, ó casas principales de los pueblos conquistados. Para la graduacion del quinto habia diferencia entre asistir ó no personalmente el Rey á la batalla, porque en el primer caso se deducia integro antes de la separacion de las enchas y gastos comunes, y en el segundo se sacaban estos antes de su liquidacion (*ley* 6.ª). Separado el quinto y demás derechos reales, y las enchas y gastos comunes de la espedicion, se procedia al repartimiento de la manera que previene la ley 28, tít. XXVI. Quiere decir, *que debia ser fecho como trageren omes é armas, é armaduras é bestias los que fuesen en la hueste ó en la cabalgada, lo cual ficieron los antiguos porque los omes fuesen mejor guisados. Por ende porque semejase mas fecho de guerra, pusieron nome*

de caballeria á la parte que cada uno cupiese de la ganancia que oviese fecho, ordenándolo de esta guisa: que el que llevase caballo, é espada, é lanza, que oviese una caballeria. E por loriga de caballo otra. E por loriga complida con almofur una caballeria. Por brafoneras complidas que se cingan media caballeria..... E el peon que llevare lanza con dardo é con porra media caballeria. Por bestia asnal media peonia.

Concedíanse por separado galardones ó premios estraordinarios por las acciones mas arriesgadas y gloriosas. Al primero que entraba en una villa sitiada se le daban mil maravedís con una de las mejores casas y todas las heredades pertenecientes á sus vecinos; la mitad al segundo, y la cuarta parte al tercero. Por otros servicios estraordinarios, así como derribar una bandera de los enemigos, perder algun miembro por sacar al señor ó jefe de un gran peligro, se debia dar renta á los que esto hiciesen para vivir honradamente toda su vida *(Leyes 5.ª y 7.ª, tit. XXVII, Part. II).* De tal manera constituia esto un derecho para los vencedores, que no siendo las particiones ni las ganancias obras de favor, sino de justicia, podian demandarse ante los tribunales.

La Corona tenia, pues, sus rendimientos propios: tenia, como se ha visto, su parte en el botin; pero además debian corresponderle: 1.°, las tierras que se hallaban en situacion análoga á aquellas que los árabes empleaban para establecer colonias, que por efecto de las guerras y despoblaciones debian ser en gran número; 2.°, las confiscadas á los sarracenos; 3.°, las que por crímenes y otras causas perdian los particulares en beneficio del fisco; 4.°, la mañería, que era un derecho por el cual en las tierras que no pertenecian á señorío particular, heredaba la Corona los bienes de los villanos que morian sin hijos. Este derecho, que no debe confundirse con otra prestacion cualquiera, en época de tanta desolacion y mortalidad debia producir grandes rendimientos al Estado (HERCULANO).

¿Cómo esplicar, segun eso, los apuros de la Corona? Muy sencillo; una de las causas de su atraso fué el esceso en las

donaciones. Los reyes hacian continuos préstamos, sino de los bienes, como capital, porque eran inalienables, á lo menos de su valor como fuente de rendimiento público. El alto clero lucraba no poco con tales liberalidades. La necesidad que los reyes tenian de manifestar sentimientos piadosos como medio de atraerse su amistad, el temor de la otra vida ó los recelos de dejar vacilante el trono al sucesor, les movian á desbaratar con pródiga mano el patrimonio público. El estado de guerra era la segunda causa, porque independientemente de los sacrificios que exigia, no satisfechos los grandes con sus soldadas ó recompensas, obtenian por merced los pocos préstamos que se escapaban á la codicia de otros. Aniquiladas por este medio las rentas públicas, la única manera de suplirlas era ir á buscar los tributos del municipio. Y hé aquí la esplicacion de tantos fueros y de sus disposiciones combinadas de manera que el concejo pagase en servicios personales, en géneros y en dinero las mayores contribuciones posibles. Claro es que no debemos hacer una esposicion del sistema rentístico de aquella época, pero podemos recordar algunos de aquellos tributos sin mas que citar sus nombres. Uno de ellos eran los *yantares* ú obligacion de acudir en un principio con varios artículos y mas tarde con dinero á la manutencion del Monarca, los pueblos por donde pasaba. Prestaciones parecidas eran los *conduchos*, guias y bagajes, ó sea los derechos de los alojamientos, carruajes y bestias que para continuar sus marchas se concedian á los reyes al tránsito por los pueblos. La *fonsadera*, ó sea cierto género de tributo exigido para gastos de guerra, reparos de fosos y castillos, aunque estos solian llamarse *castillería*, que segun unos debian pagar los que no podian prestar personalmente el servicio de las armas; segun otros, era un tributo mediante el cual los poseedores de tierras que los Reyes de Castilla daban en los pueblos conquistados de los moros, se eximian de la obligacion de acompañar á los mismos á campaña ó fonsado. Cobraban tambien la *martiniega*, la *marzadga* y *moneda*. Las dos primeras eran censos prediales ó fiscales que se hacian

pagar por los siervos ó colonos que cultivaban las tierras pertenecientes á la corona, y consistian cada una en el pago de doce maravedís, que cada villano ó pechero satisfacia el dia de San Martin y por el mes de Marzo. La moneda *forera*, de fuero ó derecho del Monarca para exigirla, se introdujo tambien en reconocimiento del supremo dominio del Rey en las tierras de vasallaje. De la mañería hemos hablado ya: además de ese impuesto cobrado al tiempo de la muerte de un súbdito, vasallo, fijodalgo ó villano, tenia el Monarca la *mincion*, que era un caballo ú otra alhaja. Sobre el derecho de tránsito y la vía pública gravitaban además otros tributos, v. gr.: el montazgo, pontazgo, barcaje, peaje, rodas y castillería. El *montazgo* era un derecho que los reyes exigian de los ganados que pasaban de un estremo á otro, por la proteccion que les dispensaban contra las violencias. El *pontazgo* solia consistir en la octava parte del valor de las mercancías que se trasladaban por los caminos públicos ó se introducian en las ciudades. El *peaje* era un derecho parecido que se pagaba por el tránsito de las personas ó caballerías con carga ó sin ella, por ciertas vias de comunicacion. El *barcaje* y *pontazgo* se pagaban al cruzar ciertos puentes y barcas; y el derecho de *rodas* y *castillerías*, que venian á ser lo mismo, se aplicaban á la construccion y reparacion de muros y castillos.

La administracion de justicia producia nuevos tributos, entre los cuales pueden contarse la confiscacion y las multas ó *caloñas;* las últimas acompañaban á la pena de casi todos los delitos, tomando hasta su nombre, y así por ejemplo, se llamaba *omecillo* la multa del homicidio; *rauso*, la del rapto de doncellas, etc.

Concluyamos este artículo haciendo una observacion: ¿y qué eran los señores dentro de sus señoríos? unos verdaderos soberanos; por eso las prestaciones recibian el mismo nombre, y esas prestaciones eran verdaderamente feudales. ¿Cómo á no ser en virtud de una desmembracion de los derechos mayestáticos, podian cobrar tributos provenientes de servicios públicos? Los hijos-dalgo percibian sus *yantares* en los lugares

de señorio: su *martiniega* y *marzadga* completas, ó la mitad, si es que partian con el Rey: cobraban la *infurcion* por razon del *fumo* ó del solar de la casa, tributo que era universal en los pueblos de solariego, pero que tambien pagaban los lugares de behetria: cobraban por igual causa que los reyes la *mincion:* de esta era un equivalente la *luctuosa*, que en algunas provincias cobraban los señores y prelados cuando morian sus súbditos, y que consistia en la adjudicacion de una alhaja del difunto, ó la que él señalase en el testamento, ó la que el señor ó el prelado eligiese, etc., etc.

Como en Castilla se usaron estas prestaciones, en Navarra, Cataluña y Valencia habia otras, y en mayor número, que revelan el mismo origen. Por causas que no es de nuestro propósito enumerar, allí se desenvolvió mas el feudalismo, y es natural que en la misma proporcion creciesen las prestaciones, muchas caprichosas, algunas inmorales, y todas humillantes, del régimen feudal. A todas ha cabido la misma suerte: abolidas completamente por las leyes de Señorío, su nombre pertenece á la historia; y á ella es á quien compete pronunciar su fallo sobre tales costumbres y sobre tales tiempos.

Artículo 3.°

Leyes de Partida sobre el feudalismo.

Desde aquí vamos á contar una nueva época hasta los Reyes Católicos. Bien merece los honores del exámen un periodo que se abre con las leyes Alfonsinas sobre feudos, que continúa por sus aclaratorias del Ordenamiento de Alcalá, que entre las donaciones de varios reinados, cuenta las de los dos Enriques, y que á virtud de repetidas quejas de las Córtes, presenta por remedio alguna ley como la de D. Juan II. Véase los puntos que principalmente fijarán nuestra atencion en esta breve reseña.

El feudalismo debia ser un hecho, puesto que es una institucion legal. ¿Qué prueba mas acabada de su existencia que

un título completo del Código del Rey Sábio? Seria ese un argumento incontestable, si no contuviera otras leyes de casos, ni prácticos, ni posibles en España; si aunque conforme á las aspiraciones de su época, fuese siempre el reflejo de sus necesidades y costumbres. Por desgracia se sabe que no fué así, lo cual por mucho tiempo ha menoscabado algo de su autoridad. Aunque el feudalismo se observaba en muchas partes y era en nuestro pais muy conocido, no por eso trataron de él los autores de Partida. Le insertaron porque las costumbres feudales habian llegado á formar parte del cuerpo del Derecho Civil. Gerardo Niger, y Oberto de Orto, cónsules de Milán, escribieron por autoridad privada esas costumbres. Habiendo vuelto á florecer en Bolonia el estudio del derecho, el jurisconsulto Hugolino agregó los libros sobre feudos como apéndice de las Novelas; asi fué que se admitieron juntamente con el Código de Justiniano para resolver las cuestiones que en esta materia pudieran ocurrir. Véase si no era esta sobrada razon para que el Rey Sábio los comprendiese tambien en sus *Pandectas*.

Por lo demas, ya que dichas leyes formen parte de este libro, y que se trata de una institucion famosa, vamos á presentar siquiera su resúmen.

En el párrafo inicial del título XXVI, Part. IV, se da una idea general del feudo, llamándole *manera de bien fecho que dan los señores á los vasallos por razon de vasallage*. La ley 1.ª, comprendiendo una doble definicion, dice que *es bien fecho que da el señor á algun ome porque se torne su vasallo, é él face homenage de ser leal. E tomó este nombre de la fé que debe guardar el vasallo al señor;* es de dos especies: primera, cuando se otorga sobre villa, castillo ú otra cosa raiz, el cual no se puede tomar al vasallo como no falte á lo pactado por su señor ó cometa delito; segunda, cuando el Rey sitúa á su vasallo renta anual de maravedises que puede quitarle cuando quiera, llamado feudo de cámara. Hay diferencia, dice la ley 2.ª, entre feudo, tierra y honor: la tierra se llama el situado de maravedises asignado por el Rey en ciertos lugares á los ricos-homes y caballeros; honor se llama á los maravedi-

ses señalados en cosas pertenecientes al Señorio real, como rentas de villas ó castillos; cuando el Rey sitúa esta tierra y honor á los caballeros y vasallos, no hace pacto alguno con ellos, porque se entiende, segun fuero de España, que lo han de servir lealmente; pero el feudo se otorga ofreciendo el vasallo servir al señor á su propia costa con cierto número de caballeros ú otros hombres, en el modo que lo prometiere.— Ley 3.ª Pueden dar ó establecer el feudo los reyes y grandes señores en aquellas cosas que son quitamente suyas; asimismo los arzobispos, obispos y demás prelados de la iglesia, en las que sus predecesores acostumbraran dar y no en otras nuevas, y puede ser concedido á todo hombre que no sea vasallo de otro señor, pues ninguno puede serlo de dos señores. La forma de otorgarle, segun la 4.ª, consiste en que el vasallo se hinque de rodillas ante el señor, poniendo sus manos entre las de este, prometiendo, jurando y haciendo pleito homenaje de serle siempre leal y verdadero; de darle buen consejo cuando se lo pida, no descubrir sus secretos, ayudarle en cuanto pueda contra todos los hombres, procurarle en todo su bien, evitar su daño y cumplir los pactos puestos por razon del feudo; y hecho este juramento y promesa, debe el señor darle la investidura con una sortija, guante, vara ú otra cosa, y ponerle en posesion de lo dado en feudo por sí, ó por medio de otro á quien lo mande hacer.—Ley 5.ª Si al tiempo de recibir el vasallo el feudo prometiere al señor algun señalado servicio, debe cumplírselo, y si no lo asigna, se comprende que está obligado á ayudarle en todas las guerras justas que emprendiere y en las injustas que contra él moviesen otros. Asimismo el señor ayudará al vasallo y defenderá su derecho cuanto pueda, de manera que no reciba daño ni deshonra de otros, y le ha de guardar lealtad en todo, así como el vasallo es obligado para con él.—Ley 6.ª No es posible heredar el feudo como las demás heredades, y así el dado en reino, comarca, condado y otra dignidad realenga, no pasa al hijo ó nieto del vasallo difunto y vuelve al Rey ó señor que lo dió, á no otorgarlo espresamente para sus hijos ó nietos; y el dado

en villa, castillo ú otro heredamiento, no pueden heredar las hijas y nietos de parte de estas, y sí solo los hijos y nietos varones del vasallo, con igual obligacion que habia en este de servir al señor, al cual y á sus herederos debe restituirse por la falta de tales nietos, sin que la sucesion pase adelante; tampoco lo heredará el hijo ó nieto que no se halle en disposicion de servir el feudo, como sucede al mudo, ciego, enfermo ó en otra forma impedido; ni el religioso y clérigo á quien lo prohiban sus órdenes.—Ley 7.ª No pueden heredarlo el padre, abuelo y hermano del vasallo á quien se haya dado el feudo, pues muerto este, sin hijo varon ó nieto, se restituirá al señor; pero si, los hermanos que lo hubieren comprado en comunidad con el difunto, ó heredado del padre ó abuelo que lo obtuvo.—Ley 8.ª Se puede perder el feudo si el vasallo no cumpliese á su señor é hijos el servicio prometido por razon de él, si lo abandona en batalla, si lo acusase ó fuese causa de algun grave daño en sus bienes, ó de infamia en su persona; si no evitase, en lo posible, el daño que sepa puede venirle, y no le avisa de ello maliciosamente; si con otros hiciese pleito homenaje ó juramento á fin de causarle ó procurarle algun mal; si le saltease en algun sitio para herirle, matar, prender ó deshonrar, ó para algunos de estos fines pusiere las manos en él; si en alguna manera desea su muerte; si pudiendo no intenta librarle de la prision en que se hallare, y si concurre con otros que tengan cercado al señor, ó á su mujer, en castillo, villa ú otra fortaleza.—Ley 9.ª Se pierde igualmente si mata el vasallo al hermano, hijo ó nieto de su señor; si yaciere con su mujer, hija ó nuera, ó si solicita á alguna de estas para tal deshonra. Por estas mismas causas y las manifestadas en la precedente ley puede el señor perder la propiedad del feudo, y debe quedar al vasallo para siempre por juro de heredad, si aquel cometiese algo de lo dicho contra la persona de este ó de su mujer, hijos, nietos ó nuera.—Ley 10. Si el vasallo vende, empeña ó enajena el feudo en todo ó en parte sin licencia del señor, puede este recobrarlo, sin dar nada por él, ni estorbarlo el tiempo trascurrido en que otro alguno lo

hubiese poseido; y si muerto el vasallo con hijo varon, pasare año y dia sin venir este ante el señor del feudo, para hacerle el pleito y homenaje de guardarle lealtad, y prestarle el servicio á que su padre estaba obligado, debe perderlo (salvo si sea menor de los catorce años), y por muerte del señor ha de hacer lo mismo con su heredero el vasallo y su hijo.—Ley 11. Si entre señor y vasallo ocurriese disputa sobre haber ó no perdido el feudo, debe juzgarse tal pleito por uno ó dos vasallos feudatarios del mismo, elegidos por ambos; y lo que determinen se tendrá por válido. Las demás contiendas sobre feudos entre vasallos de un señor, las juzgará este, y las que se originen entre los de dos señores, ó entre un vasallo y otro hombre estraño, debe librarlas el juez ordinario, á quien toca determinar todos los pleitos. Lo dicho en este título acerca de los vasallos que tienen feudo, se entiende lo mismo de los que lo son del Rey ó de otros señores, y las demás obligaciones de ellos y penas de sus escesos, quedan demostrados en la segunda Partida y título de las huestes y guerras.

Artículo 6.º

Mercedes y donaciones reales en tiempos posteriores.

Fuese cualquiera el objeto de las leyes, hay una cosa en que no podemos equivocarnos, un supuesto que debemos admitir como seguro. Sin haber leyes que ordenasen los feudos, es evidente que en España existieron simples donaciones, á las que por imitacion ó por moda se aplicó aquel nombre: las donaciones no acabaron, muy al revés, fueron cada dia mayores: una vez publicadas dichas leyes, ¿será posible negar que continuaron tambien los feudos? Eso precisamente hacen los feudalistas; Sempere y Cambronero se fijan en las mercedes hechas en varios reinados, y principian reparando el carácter de perpetuidad que antes no tenian. A una peticion de las Córtes celebradas en tiempo del Rey D. Sancho IV, para que el Principe no diese en el reinado de Leon lo que fuese de los

concejos y de sus aldeas, contestó este Monarca « *que aquello que es de las villas é de los otros omes que y son moradores, como los otros derechos que avian, de no lo dar á otro ninguno. Mas lo que es nuestro, é los nuestros derechos que y avemos, que non son de las villas, ni de otro ninguno que lo podemos nos dar á quien quisiéremos.* Llegaron las Córtes de Castilla hasta pedir por merced al Rey Fernando IV, por cuanto *la tierra era muy yerma, é muy pobre, que quisiere poblar..... et saber cuanto rendian los sus regnos de rentas foreras, é que tomase ende para si lo que por bien toviese é to al que lo partiese entre infanzones é ricos hombre é caballeros... porque no oviese de echar servicios ni pechos desaforados.....* y el Rey dijo que lo tenia por bien en la tierra. La necesidad de tales donaciones no acababa nunca: pudo ser una causa la que invocaban los procuradores á córtes, pero otra mas principal, y no tan plausible, fué la misma agitacion producida por el primero de estos monarcas, que no se sostenia sin hacer considerables mercedes á sus parciales. ¿Cómo no habia de ser jurisprudencia general la que se convertia en provecho de vasallos turbulentos y poderosos?

La validez de muchas de esas donaciones era bien controvertible con arreglo á las leyes de Partida; mas el valor de ese código se concedia ó se negaba á placer de los interesados: y así se perpetuaba el desórden, aumentado por la confusion que habia llegado á hacerse de los bienes de la Corona, efecto de la indeterminacion, ya que no contrariedad de las mismas leyes. No hacemos una afirmacion arbitraria: de ese desórden se prevalió D. Alonso XI, para interpretar aquellas leyes, como vemos que lo hizo en la 3.ª del tít. XXVII... *Onde nos por tirar esta dubda é porque las mercedes é gracias é previllejios de los reis é principes deben ser entendidos largamente, é deben durar para siempre, declaramos que en las donaciones que fueron fechas fasta aqui por los Reis onde nos venimos, ó por Nos, ó se ficieren por Nos ó por los que regnaren despues de nuestros dias de aqui adelante, que non fueren dadas en tutorias, á Eglesias é á monasterios, é órdenes, é á los nuestros*

Ricos omes, é fijosdalgo é á los otros nuestros vasallos, é naturales del nuestro regno, é señorio, é moradores en él, en que sea contenido que se dá la justicia é las cosas sobre dichas, é alguna dellas; que las ayan é le sean para siempre guardadas segunt que en las palabras de la condicion fuere contenido. E declaramos que lo que se dice en las Partidas ó en los Fueros... que no valan ó que no duren sino en vida del rey que lo dió: que se entiende é ha logar en las donaciones é enagenaciones que el Rey face á otro Rey ó Regno, ó Persona de otro regno, que non fuere natural, ó morador en su señorio.....

Despues de esta ley ¿quién pone límite á las donaciones? ¿Qué necesidad hay de otras razones para comprender la perpetuidad de las mismas, ó sea de los feudos? La ley 5.ª, título XV, Part. II, prohibiendo que el señorio fuere departido, todas las leyes que desde el Fuero Juzgo tenian por objeto conservar incólume el Patrimonio de la Corona, quedaron destruidas, merced á esa interpretacion que dejaba á eleccion de un Monarca poco escrupuloso el derecho de disponer á favor de un particular, y para siempre, de los bienes públicos. Verdad es que la ley es la sancion, y no la causa de un abuso que se habia hecho incurable. Las enajenaciones habian llegado á tal estremo, que no teniendo ya los soberanos villas y lugares realengos de que disponer, donaban las aldeas y territorios propios de las ciudades.

No es esta la única ley de ese código, motivo de graves censuras, porque lo ha sido de graves perturbaciones; peor es, si cabe, la que autoriza la prescripcion de la jurisdiccion. Los códigos habian sido uniformes en declarar la inalienabilidad absoluta de la jurisdiccion y de toda especie de regalías de la Corona. El ilustre Campomanes en su dictámen sobre reversion á la Corona de la jurisdiccion, Señorio y vasallaje de la villa de Aguilar, dice que las leyes de Partida siguieron en todo el espíritu y sentido del Fuero Visigodo, y lo establecido en nuestros concilios nacionales y córtes posteriores, declarando ser pacto y convencion jurada con los reyes desde que se fundó la Monarquía, la inalienabilidad perpétua de dichas

regalías. En el código que mas fielmente refleja los privilegios, el Fuero Viejo, no se desconoce el distintivo mas alto de la soberania, y se establece que la administracion de justicia pertenece al Rey. Con presencia de estas disposiciones y las que el buen sentido recomienda, no han faltado escritores que han sostenido que la administracion suprema de justicia residia en los reyes, negando que la hayan ejercido los grandes, ó admitiendo á lo mas que la habian desempeñado como otro encargo cualquiera por delegacion real. Sin embargo, era difícil otorgar ciertas concesiones é impedir que los favorecidos se atribuyesen ese derecho, el único que da verdadera superioridad, y el cual era por otra parte conforme con los hábitos, usos y costumbres de los pueblos germanos. Compréndese, á no dudarlo, que la propiedad exista con abstraccion de semejante derecho, que pudieran adquirirse otros, y que se reservara el Monarca el llamado mero y mixto imperio. Mas en las donaciones y privilegios hechos á los nobles, iglesias, monasterios y corporaciones por D. Alonso II y III, se espresa el privilegio de jurisdiccion; de suerte que si se consulta la historia, en los siglos IX y X vemos ya á los magnates ejerciendo la suprema jurisdiccion de hecho y de derecho. En la constitucion y dotacion de los señoríos eclesiásticos ó de abadengo, se usaba de la fórmula, segun reconoce el Sr. Marina en su *Ensayo Crítico:* «con exencion de sujecion al rey ó al que tuviese su voz, y únicamente sujetos los vasallos á la iglesia privilegiada.» En los señoríos seculares de aquella época se acostumbraba tambien al establecerlos consignar á las veces el señorío de justicia ó la jurisdiccion civil y criminal. En los siglos posteriores se ensanchó la fórmula del privilegio jurisdiccional supremo de un modo mas terminante y definido; se daban «para siempre jamás las villas, sus aldeas, términos, familias, como los reyes lo habian tenido con todos los pechos, fueros y derechos, y con la justicia civil y criminal alta y baja, y con el señorío de dichos lugares, y con mero y mixto imperio.»

Resulta, pues, demostrado, que las clases privilegiadas se

hallaban en posesion del derecho de administrar justicia, mas como eso constituia una arbitrariedad, no debia autorizarse el abuso; lo que el órden público exigia era anularle. ¿Qué hizo D. Alonso el XI? Nuestra respuesta seria poco eficaz. La ley 2.ª, tit. XXVII de su célebre Ordenamiento, es la mejor contestacion .....*Es nuestra voluntad de guardar nuestros derechos é de los nuestros regnos é señorios, et que otrosi guardemos las honras é los derechos de los nuestros vasallos naturales é moradores dellos. E porque muchos dubdaban si las cibdades, é villas, é logares, é la juredicion, é justicia se puede ganar por otro por luenga costumbre, ó por tiempo porque las leys contenidas en las Partidas, é en el Fuero de las leys, é en las fazannas, é costumbre antigua de Espanna; é algunos que razonaban por ordenamientos de córtes, parece que eran entresi departidas, é contrarias, é obscuras en esta razon. Nos, queriendo facer mercet á los nuestros, tenemos por bien, é declaramos: que si alguno ó algunos de nuestro sennorio, razonaren que han cibdades, é villas, é logares, ó que han justicia, é juredicion civil, é que usaron dello ellos ó aquellos donde ellos lo ovieron antes del tiempo del Rey D. Alfonso, nuestro visábuelo, é en su tiempo antes cinco annos que finase, é despues acá continuamente fasta que Nos comprimos edad de catorce annos; é que lo usaron, é tovieron tanto tiempo, que menoria de omes non es en contrario, é lo probaren por cartas ó por otras escripturas ciertas, ó por testimonio de omes de buena fama que lo vieron é oyeron á omes ancianos, que lo ellos asi siempre vieran é oyeran, é nunca vieron é oyeron en contrario, é teniéndolo asi comunalmente los moradores del logar é de las vecindades; que estos atales, aunque non muestren cartas ó privilegio de como lo tuvieron, que les vala, é lo hayan de aqui adelante, non seyendo probado por la nuestra parte que en este tiempo les fué contradicho por alguno de los Reys onde Nos venimos, ó por Nos, ó por otro en nuestro nombre, usando por nuestro mandado de las cibdades, é villas, é logares, é de la juredicion civil, é apoderándolo de guisa que el otro dexase de usar dello, é faciéndolos llamar á juicio sobre ello.....*

«E declaramos que los fueros, é las leys, é ordenamientos que dicen, que justicia non se puede ganar por tiempo, que se entienda de la justicia que el Rey ha por la mayoria, é sennorio real, que por comprir la justicia, si los sennores la menguaren: é los otros que dicen, que las cosas del Rey non se pueden ganar por tiempo que se entienda de los pechos, é tributos que al Rey son debidos. Et establecemos que la justicia se pueda ganar de aqui adelante contra el Rey por espacio de cient annos continuamente, sin destajamiento, é non menos, salvo la mayoria de la justicia, que es comprirla el Rey do los Sennores la menguaren como dicho es. E la juredicion cevil que se gane contra el Rey por espacio de quarenta annos, é non menos.»

De un Monarca como D. Alonso XI, que habia incorporado á la Corona muchos feudos, unos por muerte, otros por confiscacion, no debia esperarse esta debilidad; pero estaba falto de subsidios para la guerra de Gibraltar, y sin duda quiso con ella atraerse la liberalidad de los vasallos. Conocido es de todos el juicio que Campomanes y Vives formaron de esta ley, contra la cual no pudieron menos de protestar, por ser el terrible obtáculo de los pleitos de incorporacion y reversion. Aunque Sempere dió pruebas de ser un tanto apasionado, no le faltaba razon para decir, hablando de esta ley y la inmediata su confirmatòria: «¡Cuántas usurpaciones han autorizado aquellas leyes; cuántas vejaciones á los pueblos; cuántas pérdidas al Erario, y cuántos males á esta desgraciada Monarquia!»

Prosigamos en nuestra historia. Lo que en los demas es censurable, tampoco admite disculpa en D. Enrique II. Sempere, contra su costumbre, califica benignamente la política de este reinado, y todo ¿por qué? porque arrepentido de las mercedes con que habia empobrecido la nacion, manifestó deseos de moderarlas cuando ya no tenian remedio. ¿Es remedio la cláusula tardía de su testamento que dejó las donaciones como las habia hecho, y en la ley un semillero de pleitos? Acerca de este Monarca, lo mejor que podemos decir, es que tiene bien adquirido el título de D. Enrique el de las Mercedes, que le regala la historia.

Los magnates no sufrian la menor contradiccion, estaban tan persuadidos de su superioridad, que disimulaban apenas un espíritu de oposicion bajo la capa de sus frecuentes quejas. D. Juan I tuvo que disipar los escrúpulos que les causaba la secreta cláusula del testamento de D. Enrique, ofreciéndoles que su voluntad era *de les guardar las mercedes que el Rey su padre é los antecesores les habian fecho, é que en este caso á él placia que á cada uno fuese guardado el donadio que le fuera fecho, segun el privilegio que tenia en esta razon. E todos gelo tuvieron en merced* (Cron. del Rey D. Juan I, año 12, cap. IV).

De esto, lo que se deduce es la necesidad de establecer buenos principios, sobre que no hay mas remedio que aceptar las consecuencias. Todas las donaciones de ciudades, villas, castillos y fortalezas, se habian creido vitalicias, ó cuando mas feudales y revertibles á la Corona. No estaba lejos el tiempo de que los agraciados considerasen de derecho lo que habian recibido por merced, y de que tratasen de perpetuar en la familia la recompensa de un mérito personal. Los reinados de D. Juan II y D. Enrique IV, no podian ser, ni fueron demasiado prósperos. La larga tutoria del primero, la habitual debilidad del segundo, dieron á los grandes magnífica ocasion para engrosar su patrimonio, á espensas del ya bastante mermado de la nacion: entonces fué, cuando apurado el Erario con las inmensas donaciones perpétuas, se ideó, segun dice Sempere, el funesto arbitrio de crear y negociar oficios inútiles de justicia y de gobierno. Se acrecentaron las alcaidías, escribanías, notarías, alguacilazgos, fielatos, receptorías, contadurías y otros infinitos títulos lucrativos, que á pesar de la nota de vileza con que se miraba el ejercicio de muchos de ellos, no por eso dejaron de ser objeto de la ambicion de los señores.

Está demostrada la dificultad de corregir muchos abusos, si á su sombra se han creado grandes intereses. Los reyes cedian á la necesidad, pero hay que agradecerles, que ya que no pudiesen evitar esos malos ejemplos, trataran siquiera de neutralizarlos manifestando buenos deseos. Este mérito es in-

disputable á D. Juan II por la ley que promulgó en las Córtes de Valladolid el año 1442. En dicha ley (8.ª, *tit. V. lib. III, Nov. Rec.*), despues de trascribir otras que se habian promulgado desde D. Alonso XI para contener tales enajenaciones perpétuas; «viendo, dice, que por importunidad de los grandes habia hecho algunas mercedes de ciudades, villas y lugares, y rentas, pechos y derechos, de lo cual resultaba perjuicio á la dignidad Real y sus sucesores, en las Córtes de Valladolid de 1442, ordenó y declaró por ley, pacto y contrato firme entre partes, que todas las ciudades, villas y lugares que el Rey tenia y poseia, con las fortalezas, aldeas, territorios y jurisdicciones, fuesen de su naturaleza inalienables y perpétuamente imprescriptibles, en tal manera, que el dicho Rey D. Juan ni sus sucesores pudiesen, en todo ni en parte enajenar lo susodicho. Y si por alguna gran urgente necesidad del Rey fuese preciso hacer mercedes de algunos vasallos, no tuvieran efecto sin haber precedido consulta y aprobacion del Consejo y de seis Procuradores de Córtes. Que de otra manera fuesen nulas las donaciones, y las ciudades, villas ó lugares donados ó enajenados sin los espresados requisitos, y pudieran sin pena alguna resistirlas, no obstante cualesquiera privilegios, cartas y mandamientos que el Rey les hiciere.»

Articulo 7.º

Época de los Reyes Católicos, y posteriores hasta las leyes de Señorío.

No se puede hablar de feudalismo en este periodo, en el cual la organizacion política habia cambiado por completo. Las donaciones no cesaron porque tampoco habian disminuido los apuros, y á falta de otros medios era preciso emplear los arbitrios entonces conocidos, y que se usaban aqui lo mismo que en todas partes. Pero las donaciones disminuyeron, y la tendencia de todos los reinados se dirigió constantemente á reparar el grave perjuicio de las muchas que se habian verificado. Al llegar á este período de nuestra historia describen los

autores el empeño de establecer un sistema prudente de economía, en cuanto lo permitieran las grandes atenciones del Estado, y citan las peticiones de las Córtes y las respuestas acordes de los Monarcas, sin escluir á D. Felipe II, que contestando á las de Toledo de 1560, dijo: «Que por las grandes y urgentes necesidades, no se habian podido escusar tales enajenaciones, y que para en adelante estaba ya puesto el remedio.» Aunque tales fueran los deseos de los Monarcas, no estaba en su mano evitar los inmensos gastos que exigia la estraordinaria estension de la Monarquía española, ni la ciencia económica estaba tan adelantada que supiera aprovechar otros manantiales de riqueza que encerraba en su seno esta gran nacion. Así es, que la Junta formada por el mismo Felipe II, por los años de 1595 para consultarle nuevos arbitrios, apenas encontraba otros que proponerle, que las ventas de vasallos y jurisdicciones, alcabalas, tercias y otras rentas perpétuas y al quitar.

Sin embargo, ya que nos hayamos constituido en jueces de los siglos pasados, no faltemos á lo que la justicia y la imparcialidad exigen de nosotros. Es impròpio aplicar á aquellos tiempos el criterio del dia, pero aun con ese criterio faltaríamos á la verdad si negásemos que antes de las últimas reformas y por medios menos violentos, los grandes jurisconsultos y hombres de estado habian trabajado con ardor para reparar los desastres de largos siglos de disturbios, previniendo la revolucion, é impidiendo que fuera en este pais lo que ha sido desgraciadamente en otro.

Estaba reservado, dice Sempere, á la sabiduría de Felipe V la gloriosa empresa de regenerar el Real Patrimonio, crear un nuevo sistema fiscal menos complicado, mas fecundo y mas equitativo, y devolver á la Corona infinitas alhajas usurpadas y poseidas sin títulos legítimos. Este juicio es exacto, pero incompleto. Nosotros abrimos el Memorial ajustado del espediente consultivo sobre reintegracion á la Corona de bienes enajenados por rentas temporales ó perpétuas, impreso de órden del Consejo en el año 1776. En ese curioso docu-

mento hallamos insertas las disposiciones y protestas de la gran Reina Católica, y las cláusulas testamentarias de los reyes de la dinastía austriaca. Desde el número 25 al 50 del mismo se encuentran tres cláusulas del testamento de esta Señora, otorgado ante Gaspar de Gricio, su secretario en la villa de Medina del Campo, á 12 de Octubre de 1504: cuatro de el del Emperador Cárlos V, otorgado ante Francisco de Eraso, Diego Bargas y Foos Bave, sus secretarios en la villa de Bruselas, á 6 de Junio de 1554: cuatro de el del Sr. D. Felipe II, otorgado ante Gerónimo Gasol, su secretario en esta córte, á 7 de Marzo de 1594: cuatro de el de D. Felipe III, otorgado tambien en Madrid ante Juan de Ziriza, á 30 de Marzo de 1621: cuatro de el de D. Felipe IV, otorgado en Madrid ante Blasco de Loyola, á 14 de Setiembre de 1665; y finalmente, otras dos cláusulas de el de D. Cárlos II, otorgado asimismo en Madrid ante D. Antonio de Ubilla y Medina, á 2 de Octubre de 1700. En todas recomiendan, previenen y encargan respectivamente á sus sucesores el reintegro de las alhajas vendidas pertenecientes á la Corona y al Real Patrimonio, y el recobro de las alcabalas, tercias, pechos y demas derechos.

El exámen de varios títulos de la Novísima ofrece un resultado igualmente satisfactorio. Las quince leyes del tit. V, lib. III de la Nov. Rec., tienden á regularizar las donaciones, mercedes y rentas reales, y proceden en su mayor parte de D. Juan II, D. Enrique IV, los Reyes Católicos y D. Cárlos y doña Juana. Entre ellas son notables, la 6.ª prohibiendo hacer donaciones, mercedes y enajenaciones de señoríos y jurisdiccion de los lugares de estos reinos á estranjeros de ellos: la 7.ª, que establece igual prohibicion en cuanto á mercedes de pueblos, castillos, tierra y heredamiento de estos reinos: la 8.ª, antes citada, de D. Juan, que ha merecido sucesivas confirmaciones, que prohibe, fuera de ciertos casos y circunstancias, donar ó enajenar de la Corona los pueblos, aldeas, términos y jurisdicciones: la 9.ª que revoca las mercedes y donaciones hechas por el Rey D. Enrique, de aldeas, términos

y jurisdicciones de pueblos: la 10.ª dirigida á moderar las mercedes y donaciones de los reyes revocando las injustas: la 11.ª, que contiene la modificacion y declaracion de las mercedes escesivas, hechas por el Rey D. Enrique y por los Reyes Católicos, etc.

En materia de jurisdiccion no hay mas que leer la 1.ª, título I, lib. IV, de D. Enrique y D. Juan II, declarando que la suprema jurisdiccion pertenece al Rey en todos los pueblos del reino, disponiendo que no se impidan las apelaciones de jueces inferiores á las Audiencias Reales. Ya sabemos que con arreglo á la Constitucion de 1845 solo á estos tribunales y jueces corresponde administrar justicia, pero relatamos sucesos pasados: de aplaudir es semejante disposicion, que en tiempos no muy bonancibles, descuella en medio de tantas jurisdicciones particulares.

Sobre renuncia de los oficios públicos y su incorporacion á la Corona, hay en el tít. VIII, lib. VII, declaraciones importantes de D. Juan II y los reyes sucesores. Pero á todas pone el sello, menester es confesarlo, la ley 10, por la cual D. Felipe V declara lo dispuesto sobre incorporar los oficios, alcabalas y demas enajenado de la Corona, en cuya conformidad la 11 dicta reglas acerca del conocimiento de todas las enajenaciones del Real Patrimonio, en que se hallare defecto de bien poseido. La 12.ª contiene capítulos de la instruccion respectiva al despacho, renuncia y devolucion á la Corona de oficios enajenados, etc., etc.

La reforma venia haciéndose lentamente, pero no se descuidaba: los legisladores de Cádiz pudieron decir que no habian hecho mas que completarla, publicando franca y lealmente la ley de Señoríos. Tal es la materia del siguiente párrafo.

§ IV.

Legislacion sobre Señoríos.

Artículo 1.°

Exámen de la ley de 6 de Agosto de 1811.

La revolucion iniciada á principios de este siglo no podia respetar á los Señoríos, considerados como últimos vestigios del régimen feudal, de cuyos escesos se habian quejado los procuradores en todos los reinados, consiguiendo en algunos ventajas pasajeras. Puede decirse que constituian la base de los Señoríos ciertos privilegios otorgados con daño de la nacion y en detrimento de los derechos de la Corona. Y si este era un mal, puede juzgarse de su estension tomando acta de las siguientes palabras de un orador que intervino en el debate: «Por los datos estadísticos que han podido reunirse, aunque no completos, hé visto que de veinte y cinco mil doscientos treinta pueblos, granjas, cotos y despoblados que tiene España, los trece mil trescientos y nueve son de distintos señoríos particulares, con la circunstancia de que cuatro mil setecientas diez y seis villas que se cuentan en las provincias de la Península, y son los pueblos de mayor número de habitantes despues de las ciudades, solo las mil setecientas tres son de realengo, y las tres mil y trece de señoríos; los mismos datos nos han demostrado que en muchos pueblos los pechos y gabelas que se pagan á los señores esceden á las contribuciones ordinarias, y que los privilegios privativos y prohibitivos entorpecen el trabajo é impiden los progresos de la agricultura» (Sr. Polo, *sesion del dia* 11 *de Junio; Diario, pág.* 280).

Los legisladores tenian por un verdadero triunfo destruir en breve plazo abusos contra los que aparecia impotente la continuada protesta de los últimos siglos; y tan pronunciada se hallaba en este sentido la opinion, que cuando en la sesion de 1.° de Junio el Sr. García Herreros por acto de pura defe-

rencia se atrevió á espresar la siguiente duda: «pero si cree V. M. que este asunto merece mayor discusion,» le interrumpieron varios señores diputados, diciendo: «no, no, está ya discutido de algunos siglos á esta parte,» añadiendo el señor Terrero «que debia aprobarse por aclamacion.»

Eso, sin embargo, no se hizo: el debate prolongado durante algunas sesiones, y los discursos casi todos notables que, con sentimiento lo decimos, la índole de la obra nos impide recordar, prueban que no se desconoció la importancia de una reforma que lastimaba muchos intereses dentro y fuera de la Cámara; que no se escasearon las garantías del juicio antes de pronunciar el fallo condenatorio de una institucion que traia el sello de la antigüedad, y el prestigio de los altos merecimientos.

¡Cuántas consideraciones espondríamos si pudiese tener aspiraciones políticas un modestísimo trabajo que no debe traspasar el límite del Derecho Civil! En ese terreno y con sobriedad indispensable tratándose, de una ley derogada y modificada en parte, examinaremos el decreto de las Córtes que encabeza este artículo, y dice asi:

Artículo 1.° *Desde ahora quedan incorporados á la nacion todos los Señoríos jurisdiccionales, de cualquiera clase y condicion que sean.*

Art. 2.° *Se procederá al nombramiento de todas las justicias y demás funcionarios públicos, por el mismo órden y segun se verifica en los pueblos de realengo.*

Art. 3.° *Los Corregidores, Alcaldes mayores, y demás empleados comprendidos en el artículo anterior, cesarán desde la publicacion de este decreto, á excepcion de los Ayuntamientos y Alcaldes ordinarios, que permanecerán hasta fin del presente año.*

Hemos reunido estos tres artículos, porque versando sobre el mismo asunto, la reunion hace mas fácil su estudio. Las dos primeras declaraciones eran esenciales: la última puede considerarse como una regla transitoria de ejecucion. La parte jurisdiccional de los señoríos era odiosísima y una usurpacion

visible de los derechos mayestáticos. Los señores habian estado en posesion de administrar justicia en los lugares de su jurisdiccion por medio de Bailios y Senescales que en determinados dias se erigian en tribunal dentro de sus castillos almenados, y fallaban sin leyes obligatorias, segun las inspiraciones de su conciencia; su fallo no tenia apelacion, y se estendia el derecho hasta la imposicion de la pena de muerte, de donde les venia la denominacion de Señores de horca y cuchillo.

Este hecho, que hoy parece estraño, tiene esplicacion sencilla: 1.°, por la costumbre; 2.°, por concesiones de los Monarcas; 3.°, por las relaciones de señorío y vasallaje.

El órden de magistraturas en España durante la Monarquía gótica, aparece por la ley 26, tít. I, lib. II del Fuero Juzgo, que habla del Duque, Conde, Vicario, Asertor de la paz, el Tiufado, el Quingentario, el Centenario, el Decano, el Defensor, el Numerario, y además todos los Jueces elegidos ó por mandato del Rey ó de consentimiento de las partes. Ni fué tan brusco, ni fué tan universal el trastorno producido por la invasion árabe, que borrase hasta los nombres de esas magistraturas. Vémoslas aparecer desde los primeros tiempos de la Monarquía castellana, y de tal suerte, segun los autores, que de esto se han ocupado, que los antiguos próceres y magnates continuaron conservando el título de *Senior* ó *Señor* con que se les conocia, título indudablemente tomado de los romanos, que acostumbraban llamar Señores á aquellos sugetos que se aventajaban á los otros en virtud, nobleza y riquezas. El Dr. Salazar de Mendoza en su erudita obra *Dignidades de Castilla y Leon de los Ricos-hombres*, recuerda esas denominaciones con la circunstancia de haberse observado que al suscribir los privilegios de los reyes, unos se intitulan Señores *de* villas y lugares; otros se dicen Señores *en* ellas. Esplicando estas palabras D. Pedro Calixto Ramirez, manifiesta que la espresion Señor *en*, denota dominio feudal, ó que la ciudad ó villa se tenia por el Rico-hombre solo en honor; y la espresion Señor *de*, significa dominio absoluto, libre de todo feudo ó re-

conocimiento del dominio directo de otro. Aunque la opinion de estos genealogistas no es siempre dato seguro, podrá ser útil alguna vez consultar la relacion que presentan de señores que han tenido dominio en algunas villas y lugares, y los que las han tenido solo en honor y por encomienda de los reyes. Pero es un hecho averiguado que los ricos-hombres, señores de vasallos, y los que tenian en feudo lugares y poblaciones junto con el dominio, ó ya directo, ó ya útil, ejercieron la jurisdiccion en los pueblos en que obtuvieran el dominio. De Aragon lo testifica D. Pedro Calixto Ramirez, advirtiendo que de ahi nació el origen de que en aquella Corona les fuese prohibido á los vasallos de servidumbre interponer apelacion al Príncipe de los hechos de sus señores, y que los que tenian en honor ciudad ó villa hacian las veces de supremos magistrados. En Castilla, aunque separado del dominio el uso de la jurisdiccion, fué tambien lo regular que el que tenia lo uno tuviese asimismo la otra (SANTAYANA, *Magistrados, y Tribunales de España, pág.* 225).

La fuerza de la costumbre arrancaba á los Monarcas concesiones que en otras circunstancias difícilmente habrian hecho. Y hé aquí el segundo apoyo de un privilegio que los reyes, con desconocimiento de sus deberes, habian sido los primeros en abdicar. Esto no tenemos que demostrarlo, porque lo acreditan de sobra las aclaraciones del Ordenamiento de Alcalá, que hemos recordado con asombro, precisamente por ser el autor de ellas un monarca enérgico, ó menos débil que otros.

Tampoco podia esperarse otra cosa, y es la tercer causa, de la situacion política y social que hacia prevalecer sobre el dominio del suelo la gerarquía personal. ¿Tan difícil es de concebir que los señores, especie de reyezuelos, juzgaran y afligiesen con castigos á los pobres vasallos, á quienes sacrificaban caprichosamente con tributos? ¿Hay por ventura gran diferencia entre estos actos de jurisdiccion?

Las Córtes debieron, pues, fijarse en ese rasgo característico del feudalismo; al abolir los derechos jurisdiccionales, reivindicaron en favor del poder público el mas alto, el

mas imprescriptible derecho: derecho que vanamente cuenta un código entre los que son privativos del Rey, siendo asi que ofrece en mas de una fazaña la triste muestra de la jurisdiccion ejercida por los Señores solariegos.

Art. 4.° *Quedan abolidos los dictados de vasallos y vasallage y las prestaciones, asi reales como personales, que deban su origen á título jurisdiccional, á excepcion de los que procedan de contrato libre en uso del sagrado derecho de propiedad.*

La percepcion de tributos reales y personales subsistia como consecuencia del señorio, ya que el nombre de vasallo y vasallaje, aunque escrito en la ley, habia sido abandonado en la práctica. Pero en el artículo, tal como está redactado, creemos descubrir algo de la oscuridad que envuelve el origen de las prestaciones suprimidas. ¿Están bien caracterizadas atribuyendo *solo* su origen á título jurisdiccional? Y si la regla ofrece dudas, quizás las ofrece mayores la escepcion. ¿Cómo se distinguen, y por qué se respetan las que proceden de contrato libre en virtud del derecho de propiedad? La propiedad tomó el tipo de su época que era el feudalismo: el legislador necesitaba declarar si las prestaciones feudales eran posibles, pues de otra suerte habiendo sido estipuladas sin salirse de las condiciones, muchas de ellas legítimas, que entonces tenia la propiedad. ¡Cuántas habrán desaparecido por indeterminacion del artículo, no obstante derivarse, como él dice, de aquel sagrado derecho!

Art. 5.° *Los Señoríos territoriales y solariegos quedan desde ahora en la clase de los demas derechos de propiedad particular, si no son de aquellos que por su naturaleza deban incorporarse á la Nacion, ó de los en que no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron; lo que resultará de los títulos de adquisicion.*

Art. 6.° *Por lo mismo, los contratos, pactos ó convenios que se hayan hecho en razon de aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos ú otros de esta especie celebrados entre los llamados señores y vasallos, se deberán considerar desde ahora como contratos de particular á particular.*

El autor del opúsculo sobre Señoríos encuentra sencillos estos artículos, y lo parecen, pues traducidos en distintos términos, presentan siempre el mismo resultado. Pero nosotros estamos persuadidos de que el enunciado no constituye la bondad de la idea, y de que puede ser clara la espresion de una idea impropia. Si no hubiera sucedido eso en el artículo, ¿cómo se comprende la necesidad de un debate en aquella fecha, y otro en 23 y otro en 37? ¿Qué significa la diversidad de pareceres en discusiones y escritos, y despues de tanto vacilar, una transaccion que disminuye, pero que no acaba las dificultades? No vamos á insistir en este punto por haber sido objeto de leyes posteriores; pero necesitamos justificar el concepto poco favorable que formamos de los artículos. La ley conserva los Señoríos solariegos y territoriales, dejándolos reducidos á la clase de los demas derechos de propiedad, considerándose en su virtud como contratos de particular á particular todos los que en razon de aprovechamientos, arriendos, censos, etc., hubieren celebrado los llamados señores y vasallos, como si dijéramos, dueños y colonos. Por única limitacion se dice que esto no se entiende con los Señoríos que por su naturaleza deben incorporarse á la Nacion, ó de los en que no se han cumplido las condiciones con que se concedieron. Varias preguntas se han dirigido al legislador, otras tantas dudas opuestas á su precepto. ¿Cuáles son esos llamados Señoríos, y que, sin embargo, pueden convertirse en propiedad particular? ¿Qué cargas, de las que han satisfecho los pueblos, pueden suprimirse si no son prestaciones de Señorío? ¿Los derechos territoriales, es decir, los correspondientes á un Señor, exactamente iguales á los que tendria un propietario, pueden ser revertidos á la Nacion? Y suponiendo que algunos lo sean, y que deban serlo tambien aquellos que no han cumplido las condiciones de la concesion, ¿se abrirá un juicio solemne de reconocimiento de títulos?

La calificacion de Señoríos territoriales fué una idea infeliz. Somos demasiado pequeños para rechazar una division que ha consagrado la práctica, y que, aun sin esto, es para nos-

otros respetable por ser obra de la ley. Sin embargo, somos dueños de nuestros escrúpulos, y tenemos el deber de esponerlos: no criticamos un error, descubrimos solo nuestra insuficiencia.

Cuantos oradores terciaron en el debate, no en una, sino en tres diferentes legislaturas; cuantos escritores han seguido la discusion de las Córtes, todos han convenido en la generalidad de la palabra Señorío que, ó por pobreza del lenguaje, ó por analogía científica, se ha usado en los códigos, principalmente en el de Partidas, para espresar distintos conceptos. El Señorío no era equivalente al derecho de propiedad: era una dominacion, una potestad, un conjunto de derechos que la voluntad de los reyes, corroborada por los fueros y costumbres de aquellas épocas, otorgaba á personas de cierta categoría por título gratuito, ú oneroso, para exigir tributos de los moradores de los pueblos, á quienes denominaban vasallos, así como tambien servicios personales mas ó menos vejatorios. Esta doctrina está consentida por todos. En 1820, cuando se reprodujo el debate que recayó principalmente sobre la inteligencia de estos dos artículos, decia el Sr. Calatrava: «Los señores que impugnan el dictámen no deben confundir las palabras Dominio y Señorío; pues la Comision del año 13 ha dado suficientes esplicaciones, y cuando se habla de Señoríos, no se habla de propiedad. Si en una ley de la tercera Partida se confunden las dos voces, otra posterior, que es la 1.ª del tít. XXV, Part. IV, cuando desciende á esplicar la palabra Señorío, lo entiende como la Comision. En España jamás se ha llamado Señorío á la propiedad particular... Señor, dice la ley 1.ª, *es llamado propiamente aquel que á mandamiento, poderío sobre todos aquellos que viven en su tierra, é á este atal deben todos llamar Señor*. El Diccionario de 1791, dice en la palabra Señor y su acepcion cuarta: «el que posee estados y lugares con dominio y jurisdiccion en ellos.» Propiedad del solar, añadia, dominio de suelo y solar solariego son cosas diferentes. Solar es diferente cosa que solariego: solar llamamos á aquella área en que está edificada una casa, ó en que ha es-

tado: casa solariega ya se sabe que es la radical de una familia noble. Pero solariego en España ¿tiene algo que ver con el dominio ó propiedad de un terreno? No, señor. Señorío solariego no es propiedad de un terreno, es Señorío de un territorio en que el dueño ó señor ha tenido derecho de tener solariegos. Y solariego es el que habita simplemente en el territorio. Solariego era un siervo adscripto á aquel terreno, un natural, como dicen las leyes de Partida, un vasallo del Señor. Puede uno poseer la mitad de España y no ser señor territorial ni solariego, será dueño del territorio, pero señor del territorio no, ni menos señor solariego, porque habitarian ó cultivarian aquellas tierras colonos, como colonos; mas no como vasallos ni siervos adscripticios.»

Pues bien: el Señorío asi definido, es esencialmente feudal: ese Señorío, distinto completamente del dominio, no puede quedar reducido á propiedad particular. A la propiedad de la tierra, que era lo que se dejaba á sus dueños, no se la debió llamar Señorío; eso que parece insignificante, habria ahorrado muchas cuestiones. El carácter, no el dominio, era lo que la ley quitaba á los Señores. Ninguna prestacion de las abolidas, nace del dominio; todas vienen de la potestad, y la potestad puede tomarse en sentido de jurisdiccion: se nos figura que habria sido mas sencillo convertir la forma de la propiedad, mantener á los llamados Señores en la suya, y abolir, ó espresándolos ó sin espresarlos, todos los tributos de origen feudal: entre los terratenientes y colonos, no puede haber mas que renta. Toda prestacion personal debió entenderse abolida. Por no haberse hecho asi, para depurar el origen de ciertas prestaciones y salvar unas en concepto de territoriales y solariegas, ó abolir otras como jurisdiccionales; para saber si eran de las que debian de incorporarse á la nacion, ó si se habian ó no cumplido las condiciones de concesion, no quedaba otro medio que ver los titulos. ¿Y cómo? ¿Se debia esperar á que los pueblos obligados á pagarlas lo resistiesen? O sin ellos pedirlo, en desagravio de los fueros de la nacion, ¿debia abrirse juicio público para su exámen? Hé aquí el origen de nuevas dificultades.

Art. 7.° *Quedan abolidos los privilegios llamados exclusivos, privativos y prohibitivos, que tengan el mismo origen de Señorio, como son los de caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamiento de aguas, montes y demás, quedando al libre uso de los pueblos con arreglo al derecho comun y á las reglas municipales establecidas en cada pueblo, sin que por esto los dueños se entiendan privados del uso que como particulares, puedan hacer de los hornos, molinos y demás fincas de esta especie, ni de los aprovechamientos comunes de aguas, pastos y demás, á que en el mismo concepto puedan tener derecho en razon de vecindad.*

Los privilegios privativos eran una carga terrible que pesaba sobre la propiedad territorial: unas veces impedian edificar ó cultivar la tierra sin permiso del Señor, que no lo concedia sino á título oneroso; otras vedaban la caza y pesca en determinados lugares, y hasta dificultaban la comunicacion, interponiéndose al viajero en el tránsito de los caminos y al paso de los rios, para exigirles un derecho de peaje ó de pasaje; de modo que todas las industrias habian llegado á convertirse en monopolio de determinadas familias. Estos derechos no podian ser patrimonio de un individuo, sin perjuicio de la nacion en general, interesada del mismo modo en su disfrute. Procediendo bajo el supuesto entonces cierto de que los montes, los caminos, los rios y los puentes, eran del dominio del Rey, se adoptó por máxima, que todo el que utilizase estos objetos, debia satisfacer una gabela como en señal de homenaje. Pero bastó dejar estos tributos á disposicion de los reyes para que los empleasen en donaciones y mercedes, con lo cual vino á ser tan escesivo este número de tributos, que no se podia dar un paso, ni emplear la menor industria, ni disfrutar la menor cosa, sin tener que pagar estas imposiciones. De este mal, que era la muerte de la agricultura y comercio, se quejaban los representantes de toda España, aunque en ninguna parte habia llegado á ser tan insoportable como en el reino de Valencia. Aplicando, pues, á tales impuestos los principios de una libertad prudente, fueron abolidos por el de-

creto, sin que les salvase la antigüedad de su orígen. Era una concesion absurda, que no consentia el remedio de la prescripcion. Pero al destruir una desigualdad, no debia autorizarse una injusticia: los desposeidos, ya que no fuesen de mejor condicion, no habian de ser de peor que los demas súbditos: el decreto no les privó del uso, que como particulares, podian hacer de hornos y molinos, ni de los aprovechamientos comunes de aguas y pastos que les correspondiesen en razon de vecindad.

Art. 8.° *Los que obtengan las prerogativas indicadas en los antecedentes articulos por titulo oneroso, serán reintegrados del capital que resulte de los titulos de adquisicion, y los que los posean por recompensa de grandes servicios reconocidos, serán indemnizados de otro modo.*

De aplaudir es el anterior artículo, que acredita que no en vano los legisladores de Cádiz invocaron como sagrado el derecho de propiedad. Al legislador se le exije que reforme, pero no que destruya: seria mas que insensato si tomando la piqueta, no supiera impedir que el edificio se viniese al suelo. Sabemos que hubieran podido suprimirse tales privilegios, negando á sus dueños toda indemnizacion, ¿pero y el ejemplo? ¿Cómo negarla, habiendo reconocido que podian apoyarse en un título oneroso, que podian ser la recompensa de grandes merecimientos? Lo uno habria sido faltar á la justicia, lo otro habria sido matar el estimulo, fuente de nobles acciones. Hubiera sido un error copiar en eso el pensamiento de la Constituyente francesa: aquí donde hasta es dudosa la existencia del feudalismo, era innecesario el rigor empleado para estirparle en Francia, que fué su cuna. Los derechos privativos y prohibitivos serian allí funestos, como lo son en Inglaterra y lo son en todas partes en que aun subsisten restos del espíritu feudal. La Asamblea Constituyente los abolió por su célebre decreto de 4 de Agosto, sin indemnizacion alguna, aplicándoles el mismo criterio que presidió al abolir desde las primeras palabras todos los derechos jurisdiccionales y las demás prestaciones derivadas del régimen feudal. Pero volvemos á repe-

tir : ese régimen no fué en España ni la sombra de lo que habia sido en Francia; privilegios fundados en una causa onerosa, ó concedidos como recompensa meritoria, no son feudales en el concepto que hace tan odiosas otras prestaciones de aquel orígen. En este punto podemos repetir con el autor de la Memoria sobre Señoríos: « La balanza de la justicia permanece completamente en su fiel ; aun los derechos ó prerogativas incompatibles con el sistema político no se pierden para el interés de los poseedores, antes les ofrece el legislador reintegro del precio ó competente indemnizacion, segun hubiere sido por compra ó por servicios, la adquisicion originaria» *(Pág. 171)*.

Art. 9.° *Los que se crean con derecho al reintegro de que habla el artículo antecedente, presentarán sus títulos de adquisicion en las Chancillerías y Audiencias del territorio, donde en lo sucesivo deberán promoverse, sustanciarse y finalizarse estos negocios en las dos instancias de vista y de revista, con la preferencia que exije su importancia, salvos aquellos casos en que puedan tener lugar los recursos extraordinarios de que tratan las leyes, arreglándose en todo á lo declarado en este decreto y á las leyes que por su tenor no queden derogadas.*

Art. 10. *Para la indemnizacion que deba darse á los poseedores de dichos privilegios exclusivos por recompensa de grandes servicios reconocidos, precederá la justificacion de esta calidad en el Tribunal territorial correspondiente, y este la consultará al Gobierno con remision del expediente original, quien designará la que debe hacerse, consultándolo con las Córtes.*

Estos artículos honran la prevision del legislador. Someter el conocimiento de estos negocios á las Audiencias tenia un objeto digno y bien calculado. Se necesitaba sustraer estas cuestiones de los juzgados ordinarios, donde por desgracia habia que temer la escitacion, las intrigas, y las influencias de localidad. ¡Ah! los tiempos eran poco propicios á los antiguos señores. No debe sorprendernos ver restablecidos los recursos de córte con tan distinto motivo. La ley sometia á residencia á los antiguos señoríos, y era preciso dar á los vencidos un tribu-

nal mas independiente que el de la opinion, que los condenaba sin oirlos. La designacion de las Chancillerías y Audiencias supone dos cosas: que se apreciaba la importancia del asunto, y se buscaban garantías de acierto para resolverle. Pero como las causas podian ser diferentes, no debian ser las mismas las reglas establecidas para declarar el derecho á la indemnizacion. Nos parece muy justo el art. 10, en cuanto hace á un tribunal de justicia juez calificador de servicios reconocidos, y materia de consulta la indemnizacion correspondiente. Donde está ó puede estar el peligro de este sistema, demasiado se conoce: solo con someter á calificacion un servicio se manifiesta cuando menos desconfianza, porque la historia sin acudir á investigaciones judiciales, es el mejor testimonio de *grandes servicios reconocidos*. Pero pongámonos en el caso del legislador: ¡se habia abusado tanto de las recompensas! que una de dos, ó se suprimian sin exámen, ó era útil enaltecerlas con una prueba pública.

ART. 11. *La Nacion abonará el capital que resulte de los títulos de adquisicion, ó lo reconocerá otorgando la correspondiente escritura; abonando en ambos casos un tres por ciento de interés desde la publicacion de este decreto hasta la redencion de dicho capital.*

Pruébase por la anterior declaracion que no se desconocen ni por un momento los derechos del dominio. Para salvar á título de escepcion privilegios que venian abolidos por regla general, se imponia á los poseedores una formalidad: eso era preciso, mas si salian triunfantes de la prueba, tenian no solo derecho á la indemnizacion, sino que además en ambos casos, ora se les abone, ora se les reconozca un capital, el gobierno les concede derecho al tres por ciento de interés desde la publicacion del decreto.

ART. 12. *En cualquier tiempo que los poseedores presenten sus títulos, serán oidos, y la Nacion estará á las resultas para las obligaciones de que habla el artículo anterior.*

Aunque el autor del discurso sobre los Señoríos cree que habria sido preferible señalar un tiempo, pasado el cual no

fueran oidos los Señores, à nosotros nos parece equitativo lo dispuesto en el artículo. Sabemos lo que vale el supremo interés del Estado, y lo que gana la paz y el órden con que terminen de una vez los pleitos, pero mas fácilmente se anula un derecho que se prueba. Siendo no escaso sacrificio la presentacion de títulos de remota fecha, era aumentar la dificultad reducir el término.

Art. 13. *No se admitirá demanda ni contestacion alguna que impida el puntual cumplimiento y pronta ejecucion de todo lo mandado en los artículos anteriores, sobreseyéndose en los pleitos que haya pendientes; llevándose inmediatamente á efecto lo mandado segun el literal tenor de este decreto, que es la regla que en lo sucesivo debe gobernar para la decision; y si se ofreciese alguna duda sobre su inteligencia y verdadero sentido, se abstendrán los Tribunales de resolver é interpretar, y consultarán á S. M. por medio del Consejo de Regencia, con remision del expediente original.*

Este era un buen deseo, que por desgracia no se cumplió, pues los términos en que estaban concebidos los arts. 5.° y 6.° pusieron de mala fé á los colonos, y con uno ú otro pretesto, sin andarse en consultas, negaron la propiedad territorial y solariega. Este fué el gran caballo de batalla en la ley de Señoríos, como tendremos ocasion de ver al examinar las que en forma de interpretacion ó derogacion se han publicado en épocas posteriores.

Art. 14. *En adelante nadie podrá llamarse Señor de vasallos, ejercer jurisdiccion, nombrar jueces, ni usar de los privilegios y derechos comprendidos en este decreto; y el que lo hiciere perderá el derecho al reintegro en los casos que quedan esplicados.*

Aquí se encierra bajo una fórmula la doctrina del decreto, señaladamente desde los arts. 1.° al 4.°, y se amenaza con una pena á los señores que se permitiesen sostener sus franquicias en oposicion á lo que en él se halla prohibido. Échase de menos una pena recíproca para impedir las trasgresiones de otra especie; pues si bien es cierto que para continuar los

pueblos pagando las prestaciones subsistentes segun el decreto, bastaban los principios protectores del derecho de propiedad, no era político desconocer el influjo de una disposicion que, sembrando la duda, hacia posible, casi necesaria, la resistencia.

Artículo 2.°

Ley de 3 de Mayo de 1823.

Habiéndose vuelto ó examinar la materia de Señoríos en 1820, la Comision presentó su dictámen, del cual entresacamos como preliminar curioso para el estudio de esta ley, las siguientes noticias. El Sr. Romero Alpuente habia pedido que se pusiese sobre la mesa el espediente respecto á la duda de si el decreto de 6 de Agosto de 1811, acerca de Señoríos, comprende la abolicion de los derechos territoriales. La Secretaría manifestó que no se hallaba el espediente en el archivo, pero que en el tomo 22 del *Diario de Córtes*, pág. 290 y siguientes, se hallaba el dictámen y minuta de decreto presentada por la Comision de Señoríos, cuya discusion empezada en 2 de Setiembre, quedó pendiente sin haber resuelto cosa alguna. Lo principal de este informe se reducia á lo siguiente: El Supremo Tribunal de Justicia habia informado acerca de una consulta de la Audiencia de Valencia, sobre la inteligencia del art. 5.° del decreto de 6 de Agosto de 1811, con motivo de un pleito seguido por el Conde de Altamira con la villa de Elche, á resultas de un auto de 6 de Diciembre de 1811, en el que para llevar á efecto el anterior decreto, el juzgado mandó que cesasen en la villa y su término todas las prestaciones, reales y personales, que debian su orígen á título jurisdiccional, y las que nacieran de privilegios esclusivos, privativos y prohibitivos, etc., etc. Dicho tribunal, en el particular que habia sido objeto de la consulta, opinaba por la no presentacion de los títulos, de acuerdo con su fiscal que fundó su dictámen en los siguientes puntos: 1.°, que el art. 5.° eleva los Señoríos territoriales y solariegos á la clase de los

demás dominios particulares, y que no debia exigirse los títulos de pertenencia, porque tampoco á ningun dueño particular se le manda presentar los suyos para percibir las rentas: 2.°, lo mucho que daría que hacer el reconocimiento de los títulos, y los perjuicios que sufririan los interesados hasta su calificacion: 3.°, que no siendo el decreto opuesto á las leyes que antes regian para que la nacion se reintegrase en lo suyo, los fiscales de los pueblos y los particulares podian demandar la incorporacion y reversion en la forma acostumbrada. La Comision se hizo cargo de estas razones, y en cuanto á la primera, dijo, que el art. 5.° trata de los Señoríos que no sean revertibles y de aquellos en que se hayan cumplido las condiciones de su concesion: pero que esos estremos son desconocidos, si no se presentan los títulos, no bastando la posesion para inducir presuncion de legalidad, porque los derechos de la Nacion son imprescriptibles, y solo mediante un título reconocido por la ley, pueden prescribirse por los particulares: en apoyo de su doctrina, recuerda lo dispuesto por la ley 1.ª, título VII, lib. I de la Nov. Rec., en cuanto á los poseedores de tercias reales; y últimamente, que no vale invocar la violencia é injusticia que resultaría á los poseedores, pues de lo mismo podrian quejarse los pueblos. La segunda razon la desecha por insuficiente, y la devuelve por la recíproca en favor de los pueblos: y en cuanto á la tercera, creia la Comision que no habia para qué invocar los antiguos juicios de reversion, pues los artículos 9.°, 13 y el 14 previenen que los jueces se arreglen en todo á lo declarado en el decreto, y á las leyes que por su tenor no queden derogadas.

La Comision continúa añadiendo nuevas razones en forma de contestacion á la Memoria de cierto señor Diputado, que habia creido necesaria una aclaracion de dicho artículo: manifiesta haber examinado nuevas reclamaciones, y concluye sometiendo á la deliberacion de las Córtes un proyecto de ley, en que adoptando casi literalmente el que propuso la Comision de Señoríos, añade lo que le habia parecido oportuno acerca de los puntos espresados, con alguna otra aclaracion

para su mejor inteligencia. La minuta del decreto contenia nueve artículos que se hallan refundidos en la ley publicada en 1823. Los individuos de que se componia la Comision que presentó el anterior dictámen, fueron los que con mas empeño le defendieron. De algunas de sus principales razones nos haremos cargo al analizar esta ley.

Art. 1.° *Para evitar dudas en la inteligencia del decreto de las Córtes generales y extraordinarias de 6 de Agosto de 1811, se declara que por él quedaron abolidas todas las prestaciones reales y personales, y las regalías y derechos anejos, inherentes y que deben su origen á título jurisdiccional ó feudal; no teniendo por lo mismo los antes llamados Señores accion alguna para exigirlas, ni los pueblos obligacion á pagarlas.*

Se habian propuesto acabar de una vez con las reclamaciones, y podian quedar satisfechos de este resultado por la forma que dieron al artículo. Él solo basta para ver con cuánta razon sostenian los impugnadores que era una nueva ley, y ley derogatoria, la que se queria hacer pasar como interpretativa. Pero tambien se ha de confesar que era indispensable una resolucion que determinase lo que las Córtes de Cádiz no habian sabido, ó no habian querido definir. Ellas dieron motivo á que cada cual juzgase de los Señoríos como le pareciera, aunque conviniendo todos en que si los Señoríos eran otra cosa que el simple dominio, no debian subsistir, así como tampoco las prestaciones que los caracterizaban. El art. 4.° del decreto de 6 de Agosto habia abolido las prestaciones jurisdiccionales: hacia falta que otra ley, descubriendo el mal en su origen, y adoptando una definicion mas ámplia, declarase abolidas esas prestaciones reales y personales, y las regalías y derechos anejos, que tuviesen origen de título jurisdiccional ó *feudal:* las últimas palabras de la ley eran innecesarias, aunque son el anuncio de lo que venia despues. Satisfaciendo á una ó muchas quejas, proclamaba en términos absolutos, que ni los señores tenian derecho á pedirlas, ni los pueblos obligacion de pagarlas.

Art. 2.° *Declárase tambien que para que los Señoríos ter-*

ritoriales y solariegos se consideren en la clase de propiedad particular, con arreglo al art. 5.º del dicho decreto, es obligacion de los poseedores acreditar préviamente con los títulos de adquisicion que los expresados Señoríos no son de aquellos que por su naturaleza deben incorporarse á la Nacion, y que se han cumplido en ellos las condiciones con que fueron concedidos, segun lo dispuesto en el mencionado artículo, sin cuyo requisito no han podido ni pueden considerarse pertenecientes á propiedad particular.

No se habrá deshecho el nudo, pero se ha cortado. En esto ha parado la controversia que dentro y fuera del Congreso dividia á los sábios, que tenia á los tribunales en la incertidumbre, y á los señores y á los pueblos en continua guerra. No hay palabras para censurar una disposicion que privaba á la propiedad solariega del venturoso remedio que legitima toda propiedad, que hacia controvertible el Señorío despues de reducirle á la clase de dominio particular, y que bajo el pretesto inaceptable de que el dominio fuese revertible, ó fuese condicional, desconociendo completamente los efectos de la posesion, indirectamente justificaba el despojo. Hé ahí la base de todos los discursos, el tema obligado de todos los escritos, mientras fué tiempo de combatir el artículo antes de ser ley. La impugnacion del Proyecto redactado en oposicion á los buenos principios de la ciencia, es ni mas ni menos la Memoria publicada en 1821 en Madrid por Amadori. El exámen por la historia, del origen y los caractéres de la institucion feudal, y del decreto de 6 de Agosto de 1811, por el derecho y la legislacion, es la materia del discurso dedicado á las Córtes por un jurisconsulto español, que con ser abogado de gran concepto, no pasó ignorado, aunque por modestia ú otras causas, prefiriese ocultar su nombre. En cuanto á los debates del Parlamento, habiendo sido tan solemnes, quisiéramos de buena gana reproducirlos; pero no puede un artículo condensar el asunto de muchas páginas, ni la brevedad del tiempo medir un periodo de tres años. Con todo, procuraremos trascribir tal cual pasaje, para que por las tendencias del debate se comprenda mejor el pensamiento de la ley.

Era imposible, segun el Sr. Calatrava, reconocer á los Señorios el carácter de propiedad particular, mientras que presentando sus títulos no probaran los señores que no eran revertibles á la Nacion, ni se habian dejado de cumplir las condiciones puestas en su otorgamiento. Recordando que los derechos de la Nacion son imprescriptibles, inclusos los pueblos, términos, bienes y rentas sujetos por esta causa á las incorporaciones y reversiones mandadas por las leyes, le parecia repugnante y contradictorio que se invocara la prescripcion para legitimar tales derechos, y mas todavía que no se recordase para salvar los señoríos jurisdiccionales y los privilegios esclusivos cuya abolicion se consentia.

Otro individuo de la Comision (Sr. Vadillo) manifestó tambien que esta habia procedido bajo los principios de abolicion de Señoríos territoriales y solariegos, y sujecion de los que quedasen en clase de propiedades particulares, á formas mas equitativas y del derecho comun, suponiendo siempre que deben presentarse los títulos. Por nuestra parte no ponemos en duda, como añadia este señor Diputado, que puesto que los mismos individuos que propusieron y estendieron el decreto de Señoríos en 1811, compusieron la Comision del año 13, ellos mejor que nadie pudieran ser espositores de aquel decreto; lo que decimos es que no debiendo suponerles una doble institucion, porque seria ofender su sinceridad, fueron poco felices al declarar propiedad particular los mismos señoríos que consideraban abolidos: allí no aparece tan claro, como dicen, que fuese necesario presentar los títulos, porque á ningun dueño se le exije, por regla general, presentar títulos de una propiedad que se le reconoce. Si se previó, y era de prever, que la solariega no podia sostenerse, por ser feudal, en sí misma: la tierra no es nada, sino por razon de las prestaciones, que son la parte odiosa de los Señoríos; lo procedente hubiera sido suprimirlos, no era tan difícil hacer esa distincion, no era tan difícil esplicarla. Los que aceptando aquel artículo, sostenian el nuevo dictámen, no tememos afirmarlo, se movian dentro de un círculo vicioso. El Señorío, como allí se enten-

dió, como este señor diputado le esplica, evidentemente no podia existir, y es mucho que los autores del decreto no lo conocieron para borrar hasta el nombre: «El Señorío, propiamente dicho, es la facultad de mandar juzgar y exigir servicios personales ó pecuniarios de los súbditos ó vasallos, no solo por la administracion ó régimen público, sino tambien por la concesion del uso de bienes raices, muebles ó semovientes.» Entendidos los Señoríos de esta suerte, hacia el orador un dilema menos vicioso de lo que comunmente suele ser esta forma de argumentar, «estos Señoríos ó han sido feudos, ó desmembraciones de la autoridad suprema de los Monarcas, como feudos son incompatibles con nuestras instituciones, que aspiran á proscribir todo vestigio de régimen feudal, eso no contando con la imposibilidad de cumplir las obligaciones del feudo, variada completamente esa organizacion. Si son concesiones de otra especie menos se pueden sostener, porque los Monarcas de quienes proceden nunca pudieron hacerlas.» Esto hoy es exacto, pero la historia de un pueblo por sencilla que sea, es muy complicada: para juzgar de la de nuestro pais, conviene recordar las vicisitudes por que ha pasado. No se olvide este dato, y se comprenderá el valor de ciertas afirmaciones, y se comprenderá si pueden sostenerse tan en absoluto argumentos que se apoyan sobre una historia que se olvida, y que interpretan al gusto de nuestro siglo necesidades y costumbres, y sucesos de siglos que en nada se le parecen. Por lo demás está fuera de toda duda que mal pudieron ser convertidos y quedar en la clase de todos los derechos de propiedad particular, los Señoríos territoriales y solariegos; si se procedia en el supuesto de que la esencia de unos y otros, es eminentemente feudal.

La incompatibilidad de estos derechos con nuestras instituciones fué el tema obligado de todos los discursos. Decia otro señor diputado (Cuesta): «los Señoríos tienen á su favor la posesion suprema, la prescripcion, y todas las leyes que han autorizado una y otra, pero si estos Señoríos, tanto jurisdiccionales como territoriales y solariegos, con todos sus de-

rechos pertenecen al sistema feudal y nada tienen de alodiales; ¿deberán subsistir la posesion, la prescripcion y las leyes? Los impugnadores del dictámen suponen que abolidos los Señoríos jurisdiccionales, los dictados de señor y de vasallo, las prestaciones reales y personales que debian su orígen á títulos jurisdiccionales, y abolidos tambien los privilegios esclusivos, privativos y prohibitivos, nada queda ya que se derive de las relaciones feudales, ni tenga orígen tan espurio, y que todo lo demás debe considerarse como propiedad de la tierra, propiedad alodial.» El orador rechaza esta suposicion, examina el orígen de los Señoríos que, segun él, proceden de donaciones de cartas pueblas y de los repartimientos de tierra, y despues de indicar el vicio de estas adquisiciones, que recaian sobre cosas inalienables, que se arrancaban por la fuerza, y se concedian á veces á los menos dignos, sin dar parte en ellas á los pobres villanos que soportaban todo el trabajo y la fatiga, deduce en consecuencia que es evidente que los Señoríos con sus prestaciones componian el sistema feudal del tiempo de la reconquista, independientemente de la jurisdiccion, y por consiguiente cree que suponer acabados los Señoríos porque se acabaron los jurisdiccionales, es un error desmentido por los monumentos de nuestra legislacion y de toda la historia. No le parecian mas legítimos otros títulos de engrandecimiento de que tambien se hace cargo: los Señoríos que no tenian el anterior orígen, suponia haberse formado por sumisiones voluntarias de los pueblos que tenian que mendigar la proteccion de los poderosos, reduciéndose á las muchas y humillantes cargas que constituian el solariego, la behetría, y la devisa; de modo que, para concluir, reasumió el pensamiento de su discurso en tres poposiciones: 1.ª, hasta fines del siglo XV no hay que buscar el orígen de Señoríos en otros títulos que el sistema feudal; es decir, concesiones de la Corona á clases esclusivas, ya por donaciones, ya por cartas pueblas, ya por repartimientos: ó en los derechos que gozaban los hijos-dalgo por solariegos, behetría ó devisa; 2.ª, unos y otros Señoríos con todas sus prestaciones y derechos, con ju-

risdiccion y sin ella, quedaron abolidos, si el objeto de las Córtes estraordinarias fué abolir el sistema feudal; 3.°, de esta abolicion es consecuencia que no tengan valor los contratos celebrados con los vasallos sobre tales derechos.

Con semejantes jueces la causa de los Señoríos estaba completamente perdida.

Art. 3.° *En su consecuencia, solo en el caso de que por la presentacion de títulos resulte que los Señoríos territoriales y solariegos no son de los incorporables, y que se han cumplido las condiciones de su concesion, es cuando deben considerarse y guardarse como contratos de particular á particular, segun el art. 6.° del propio decreto, los pactos y convenios que se hayan hecho entre los antes llamados señores y vasallos, aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos ú otros de esta especie; pero sin embargo, quedarán siempre nulas y de ningun valor ni efecto todas las estipulaciones y condiciones que en dichos contratos contengan obligaciones ó gravámenes relativos á las prestaciones, regalías y derechos anejos é inherentes á la cualidad jurisdiccional ó feudal que quedó abolida.* ¡Qué redundancia tan grande la de este artículo! Y despues de todo, ¿para qué? El art. 6.° del decreto de 11 de Agosto habia respetado los convenios de señores y vasallos como consecuencia de un dominio que respetaba, ó el tributo obligatorio de un Señorío que pasaba á ser propiedad particular. Este, añade, que lo dicho se entiende respecto á aquellos Señoríos que subsistan por no ser revertibles y haberse cumplido las condiciones; pero aun asi, en cuanto á los que se conserven por no ser de esta clase, serán nulas las obligaciones que procedan de la cualidad jurisdiccional ó feudal que quedó abolida.

No quisiéramos equivocarnos; mas aquí hay ideas impropias: se une lo que debe ir separado; se confunden especies distintas, con lo cual se hace posible conservar y destruir á la vez una misma cosa. Procede esta confusion de la que ha existido siempre para definir entre nosotros el feudalismo, así como de haber usado tambien, sin precisarla, la division de Señorío jurisdiccional y territorial. Véase cómo se esplicaba

respecto á este punto el Sr. Garelly, jurisconsulto muy versado en el estudio de nuestras costumbres y de nuestras leyes. «Desde la época de la reconquista, dice, descuellan en la nacion varios personajes con dos caractéres, á saber: el jurisdiccional y el territorial, no siempre reunidos, aunque debian, por fin, confundirse bajo la influencia del régimen feudal.» A la parte jurisdiccional refiere los derechos llamados mayestáticos, derecho de jurisdiccion alta y baja, horca y cuchillo, recibimiento con cruces, peazgos, portazgos, barcajes, etc.; colonos adscripticios, títulos de señores y vasallos, es decir, actos que constituian verdaderos plagios de la autoridad real, pues teniéndose por verdaderos reyes en sus estados, no perdonaban á sus vasallos cargas ni homenajes, ni títulos de sumision de los que son debidos á la potestad real. Pero habia además la parte territorial que estaba reducida al dominio de grandes propiedades, ó bien para el esclusivo aprovechamiento de montes, dehesas, pastos, ó bien para convertirlas en grandes cortijadas, ó para repartirlas en suertes entre vasallos subfeudatarios, por medio de avenencias mixtas de territorial y jurisdiccional. Reduce el origen de estas adquisiciones á cuatro clases: 1.ª, el derecho de conquista; 2.ª, las donaciones remuneratorias y gratuitas; 3.ª, la venta en casos de apuro; 4.ª, las usurpaciones que podian ser de determinadas regalías, como tercias, alcabalas, etc., ó de terreno limítrofe. Las quejas contra la primera parte de estos derechos habia sido tan repetida y tan constante, que el orador despues de enumerar varias resoluciones, casi la dá por estinguida, negando por consecuencia en esta parte que existiese feudalismo. En cuanto á la parte territorial su concepto es mas inseguro: supone que no se ha conservado sin la mezcla de la jurisdiccional, y añade que la base de esta confusion arranca de tiempo de D. Alonso XI, que al establecer que los colonos eran francos para pasar, cuando quisieran, de Señorío á Realengo, porque no era justo tener los hombres adscriptos á la gleba, unió á esta providencia benéfica la siguiente limitacion: «pagando, empero, los dere-

chos foreros que debieren pagar por las heredades que cultiváren.»

De estas palabras no nace, como el orador queria, el Señorio jurisdiccional: los derechos foreros pagados por el terreno cultivado podian ser señoriales, podian no serlo; las prestaciones enfitéuticas gravitan sobre el terreno y nada tienen de feudales. Funesto ha sido el feudalismo, pero no tanto como nos le pinta el odio que hoy nos causa; parece la capa que cubre todos los abusos, y ¿cuántas cosas buenas, cuántos tributos legítimos, cuántos justísimos intereses se habrán desatendido solo por creerlos hijos del feudalismo! La superioridad gerárquica personal, que seria la parte odiosa del feudalismo, se concibe independientemente de ciertos impuestos que pudieron tener orígen mas noble, mas necesario, mas beneficioso. La insuficiencia de este artículo hacia necesario otro, pero ni él, ni el 8.° establecen una regla general, que era lo que se iba buscando, que era lo que se necesitaba para mantèner en su propiedad á los señores, y no concederles otros beneficios que los procedentes del cultivo, con arreglo al contrato, advirtiendo que este debió ser distinto segun las condiciones del terreno, ó por la mayor ganancia ó por el mayor trabajo. Por lo demás el pensamiento de reforma avanzaba: la ley que se comenta era mas que una aclaracion; esa aparente inconsecuencia no seria sin embargo un defecto si ya que el legislador se proponia ahondar en el feudalismo hubiera sabido encontrar sus verdaderas raices.

Art. 4.° *Por lo declarado y lo dispuesto en los artículos precedentes, los poseedores que pretendan que sus Señorios territoriales y solariegos son de los que se deben considerar como propiedad particular, presentarán ante los jueces respectivos de primera instancia los títulos de adquisicion, para que se decida segun ellos si son ó no de la clase expresada, con las apelaciones á las Audiencias territoriales conforme á la Constitucion y á las leyes. En este juicio, que debe ser breve y meramente instructivo, con audiencia de los mismos Señores, de los Promotores y Ministros fiscales, y de los pueblos, no se admitirá prue-*

ba á las partes en ninguna de las instancias, sino sobre los dos puntos precisos de ser ó no los Señorios incorporables por su naturaleza, ó de haberse ó no cumplido las condiciones de su concesion, en el caso de que estas circunstancias no resulten completamente de los mismos títulos, y sobre si efectivamente son ó no territoriales y solariegos los expresados Señorios en caso que los pueblos nieguen esta calidad.

De ese modo terminaba la grave, la disputada contienda sobre presentacion de títulos. Este era el punto vulnerable de la ley, sobre el que se hicieron recaer los debates y las impugnaciones; el mas hábilmente atacado, el mas inciertamente defendido: pero habiendo sembrado tantas dudas sobre la legitimidad de los Señoríos, habiendo hecho depender su existencia del cumplimiento de equívocas condiciones, era de rigor un exámen, que aunque limitado á dos puntos, dejaba desde luego comprometida la gran propiedad señorial.

Esta exigencia de la ley destruia las mas rudimentarias nociones de derecho sobre la posesion, y su ejecucion, que era lo grave, podia ofrecer insuperables obstáculos. La presentacion de títulos necesaria para respetar un derecho, ¿era siempre posible? Hé aquí una duda: es incontestable lo que en esta parte de su discurso esponia el Sr. Rey defendiendo su voto particular. «No se trata, decia, de escrituras estipuladas en el dia de ayer, sino de instrumentos que han de contar siglos de antigüedad, muchos de ellos de origen tan remoto ó acaso anterior al de la misma Monarquía. Y cuando las soberbias torres levantadas en tan remotas épocas han desaparecido, cuando la antigüedad ha consumido los mármoles y los bronces, ¿se quiere que los señores conserven unos endebles pergaminos ó unos papeles aun mas endebles que estos? Las cuatro mil batallas que un sábio diputado ha dicho mas de una vez en el Congreso, haberse dado ó ganado por los españoles hasta el tiempo de los Reyes Católicos, no suponen ciertamente épocas de mucha paz y tranquilidad. Y á todo hay que añadir el trastorno de los saqueos y aun de los incendios, que han devorado algunos archivos en la guerra de la Independencia.

Doliase, y con razon, otro diputado (el Sr. Martinez de la Rosa), de que se exigieran los títulos, y preguntaba: ¿Hay en el mundo título mas respetable que el que se adquirió en virtud de la reconquista, librando á la patria del yugo sarraceno, y la donacion autorizada por su Rey legítimo, confirmada muchas veces por las Córtes? Si en estas concesiones se mira la persona que da, es el Monarca, autorizado quizás por las Córtes; si se atiende á la persona de quien recibe, es un ciudadano que derrama su sangre y su vida por libertar su patria de la dominacion estranjera.» La inutilidad de esta diligencia correspondia á su dificultad; los antiguos señores hubieran podido decir que su verdadero título era la punta de la espada. Pero España no es el suelo dominado por Guillermo el Conquistador; nuestros Grandes no son los Jefes de Palacio que aspiran á ceñir su frente con la Real diadema: respetuosos felizmente hácia sus Reyes, no obstante la franquicia de algunos privilegios que usaron por escepcion, y que estaban limitados por el poder de las municipalidades, sabian algunas veces conspirar, pocas quisieron resistir. ¿Para qué pedirles hoy los títulos que han presentado cien veces? ¿qué se va á ganar con humillar ante los pueblos á los que si fueron Grandes, no fueron enemigos de sus Reyes? Sin embargo: tal debia ser el resultado del artículo redactado con espíritu contrario á su correspondiente en la ley del año 11. El art. 5.° de aquel habla de presente: «quedan desde ahora.» El nuevo que le sustituye reserva para tiempo futuro, que será cuando se presenten los títulos, el pronunciar juicio acerca de la naturaleza del Señorío. El procedimiento debia seguirse ante los jueces con apelacion á la Audiencia. De este punto podemos prescindir, no sabemos hacer distincion cuando se trata de tribunales de justicia, porque todos nos son igualmente respetables, en todos reconocemos el mas alto grado de rectitud é imparcialidad; pero la cuestion de Señoríos, que ha sido difícil á los legisladores, no ha podido hacerse fácil para los jueces; si todavia aquellos en su altura no han logrado triunfar de la pasion política, estos que están mas bajos, podrán ó

no podrán resistir las influencias de partido y los intereses encontrados de localidad. Eso de limitar la prueba á los dos puntos del decreto, acredita buena intencion; pero con desear una cosa no se consigue. ¿Cómo ha de ser breve un juicio, del cual lo menos es la presentacion de los títulos, lo principal es ver si están cumplidas las condiciones de concesion?

Art. 5.° *Mientras que por sentencia que cáuse ejecutoria no se declare que los Señoríos territoriales y solariegos no son de los incorporables á la Nacion, y que se han cumplido en ellos las condiciones con que fueron concedidos, los pueblos que antes pertenecieron á estos Señoríos, no están obligados á pagar cosa alguna en su razon á los antiguos señores; pero si estos quisieren presentar sus títulos, deberán los pueblos dar fianzas seguras de que pagarán puntualmente todo lo que hayan dejado de satisfacer y corresponda, segun el art. 3.° de este decreto, si se determinase contra ellos el juicio; y de ningun modo perturbarán á los señores en la posesion y disfrute de los terrenos y fincas que hasta ahora les hayan pertenecido como propiedades particulares, si no en los casos y por los medios que ordenan las leyes; entendiéndose todo sin perjuicio de los derechos que competan á la Nacion, acerca de la incorporacion ó reversion de dichos Señoríos territoriales. Sin embargo, se declara que si á algunos de los expresados Señoríos perteneciere algun foro ó enfitéusis que se haya subforado ó vuelto á establecer por el primer poseedor del dominio útil, solo éste será el obligado á dar la fianza prescrita en este artículo, para satisfacer á su tiempo lo que corresponda al señor del dominio directo, segun lo que resulte del juicio; pero tendrá derecho á exigir las pensiones contratadas del subforatario, ó del segundo poseedor del dominio útil, y estos de los demás á quienes hayan vuelto á traspasar el propio dominio.*

Bien podia decir un orador que no tenia noticia de ley alguna, que pusiera en tan amargo conflicto á los que tienen á su favor la posesion de un largo tiempo, y hasta una prescripcion inmemorial. Una violencia era exigir precisamente los títulos, y no admitir otras pruebas supletorias; pero esa violen-

cia se agrava acompañándola del despojo con que se amenaza á los señores que no cumplan con aquel requisito. «Aun en los pleitos de reversion á la Corona, decia el Sr. Martinez de la Rosa, aun en medio de esa sed de riqueza que ha aquejado siempre á los gobiernos arbitrarios, no se ha visto un trastorno igual en el método de proceder; siempre se han respetado las leyes formularias, y se ha presentado la Nacion ó el Gobierno á litigar como una parte, ofreciendo probar legalmente contra los actuales poseedores. Estos han permanecido tranquilos y seguros hasta ser vencidos en juicio: el Gobierno ha acudido ante el Tribunal: el Fiscal ha hecho las veces de una parte, y en fin, aun en los tiempos de la tirania se ha igualado el Gobierno con los particulares, y peleado con las mismas armas. Y en el tiempo de la libertad, cuando debemos asegurar todos los derechos bajo la salvaguardia de la ley hasta que ella misma condene por la voz de sus magistrados y representantes, ¿daremos el paso injusto de empezar despojando á los actuales poseedores?»

Una causa tan buena estaba defendida sin necesidad de emplear grandes esfuerzos. Podia calcularse cuál habia de ser el espíritu de los pueblos, si aun antes de dar la ley, solo con dudar de la legitimidad de los títulos, muchos de ellos habian empezado á negar las propiedades mas sagradas. Terribles han sido las luchas entre los pueblos y los tronos; terribles y mas funestas son las que una vez se encienden entre las clases. El enemigo mas poderoso de Roma fué la division que mantuvo perennemente en aquel pueblo la guerra social. Sin la hidalguia de nuestro pueblo, que no tiene la debilidad de exagerar sus males, que ha sido siempre bastante grande para despreciarlos, ¡quién es capaz de medir el efecto de una desconfianza que les autorizaba á mirar á sus antiguos señores como unos implacables tiranos!

Tan cierto es esto, que no se puede evitar una impresion desfavorable leyendo con detencion el artículo. Con una plumada se dejaba en suspenso una obligacion de siglos: parecian cambiados los papeles: los deudores habian adquirido el dere-

cho de no pagar: cualesquiera que fuesen los títulos de su acreedor, estaban autorizados para resistir, y tenian mas que el derecho el deber de despreciarlos, ofreciéndose, en todo caso, á pagar lo que debiesen si salian vencidos, lo cual no era fácil teniendo por abogados la opinion y el tiempo. Verdad es que para impedir que abriéndoles la puerta anduviesen todo el camino, se mandó que no perturbasen sino por los medios legales otros derechos de sus antiguos dueños. La Nacion se encargaba de auxiliar las gestiones entablando las que fueren precisas, á fin de conseguir la incorporacion ó reversion de Señoríos territoriales. En cuanto á la última parte del artículo es una declaracion, pero declaracion que en otro sitio habria sido mas oportuna. No carece de peligros recordar, á propósito de pensiones feudales, los foros y las enfitéusis, que son de uso comun, de conocido orígen, y de resultados positivos.

Art. 6.° *Cuando en vista de los títulos de adquisicion se declare que deben considerarse como propiedad particular de los antiguos señores los Señoríos territoriales y solariegos, los contratos expresados en dicho art. 3.°, se ajustarán enteramente en lo sucesivo á las reglas del derecho comun, como celebrados entre particulares, sin fuero especial ni privilegio alguno.*

Despojado el Señorío de cuantos gravámenes pudieran tener orígen en el derecho feudal, claro es que las relaciones del señor y su antiguo vasallo, habian de asimilarse á las de cualquier otro dueño con su colono. Los contratos libre y espontáneamente celebrados no exigian leyes especiales, debian ser regulados conforme á los principios del derecho comun. Por eso, hablando de los censos, decia el siguiente:

Art. 7.° *Por consiguiente, en los enfitéusis de Señorío que hayan de subsistir en virtud de la declaracion judicial expresada, se declara por punto general, mientras se arreglan de una manera uniforme estos contratos en el Código Civil, que la cuota que con el nombre de laudemio, luismo ú otro equivalente, se deba pagar al señor del dominio directo, siempre que se enagene la finca infeudada, no ha de exceder de la cincuentena,*

ó sea el 2 por 100 del valor líquido de la misma finca, con arreglo á las leyes del Reino; ni los poseedores del dominio útil tendrán obligacion á satisfacer mayor laudemio en adelante, cualesquiera que sean los usos ó establecimientos en contrario. Tampoco la tendrán de pagar cosa alguna en lo sucesivo por razon de fadiga ó derecho de tanteo, y este derecho será recíproco en adelante para los poseedores de uno y otro dominio, los cuales deberán avisarse dentro del término prescripto por la ley, siempre que cualquiera de ellos enagene el dominio que tiene; pero ni uno ni otro podrán nunca ceder dicho derecho á otra persona.

El enfitéusis es un contrato de derecho comun. Sus aplicaciones que tanto han favorecido el desarrollo de la fortuna pública, tienen desde su origen, que es remoto, principios ciertos. Los grandes propietarios le emplearon con ventaja para la roturacion y cultivo de sus campos, y aunque haya sido susceptible de alteracion durante las épocas que identificando el suelo con los braceros que le cultivaban, establecieron cierta especie de gerarquía personal; cambiadas aquellas circunstancias, reducida la tierra á la condicion de toda propiedad particular, necesario era restablecer los contratos al estado que les corresponde, sin los recargos provenientes del título de Señorío. Esto es lo que ha hecho el decreto anulando en principio el derecho de quincena y veintena, haciendo recíproco el tanteo, y no tolerando que por esta causa se cobre el tributo especial conocido por el nombre de *fadiga*.

Art. 8.° *Lo que queda prevenido no se entiende con respecto á los cánones ó pensiones anuales, que segun los contratos existentes, se pagan por los foros ó subforos de dominio particular; ni á los que se satisfacen con arreglo á los mismos contratos por reconocimiento del dominio directo, ó por laudemio en los enfitéusis puramente alodiales; pero cesarán para siempre donde subsistan las prestaciones conocidas con los nombres de terratge, quistia, fogatge, jova, llosol, tragi, acapte, lleuda, peage ral de batlle, dinerillo, cena de ausencia y de presencia, castilleria, tirage, barcage, y cualquier otra de igual naturale-*

za, sin perjuicio de que si algun perceptor de estas prestaciones pretendiere y probase que tienen su origen de contrato, y que le pertenecen por dominio puramente alodial, se le mantenga en su actual posesion, no entendiéndose por contrato primitivo las concordias con que dichas prestaciones se hayan subrogado en lugar de otras feudales anteriores, de la misma ó de distinta náturaleza.

Por este artículo se vé que la Comision no se limitó á aclarar las dudas del decreto de Señorios, le interpretaba en unas partes, en otras le aumentaba. Ninguno hasta el presente habia suprimido determinadas prestaciones: este las designa por sus nombres, y decreta su abolicion al mismo tiempo que conserva otras correspondientes á enfitéusis puramente alodiales: solo en un caso las respeta, cuando los perceptores probasen que tenian su origen de contrato, perteneciéndoles por dominio puramente alodial; y aun para eso no valian las concordias verificadas con objeto de subrogar estas prestaciones en lugar de otras feudales. Pero aqui preguntaremos, ¿á qué especie corresponden estas prestaciones? ¿Las suprimió la ley solo por estrañar el nombre que no es el de ningun otro gravámen de derecho comun, ó las suprimió despues de haber visto por el análisis de ellas su filiacion directa del derecho feudal? Lo primero no seria suficiente motivo, casi todos esos nombres corresponden á dialectos provinciales, y todos pueden significar una prestacion legitima en su tiempo. Lo segundo será lo mas cierto, pero en este caso, ya que los legisladores se propusieron dar con este resúmen una idea de las prestaciones que debian quedar suprimidas, podian haber recorrido otras provincias de España y aumentar el número, porque una enumeracion incompleta es peor que un silencio absoluto, y puede ocasionar pleitos que no se pondrian si se dejase á los tribunales de justicia el arbitrio de aplicar la regla á cada caso.

Lo temible seria que por oscuridad propia de esta materia se hubiese atribuido á las prestaciones de la tierra, susceptibles de tantas y tan diversas formas, un carácter feudal. El

nombre y aun la cuantía de esta renta no disipan nuestro escrúpulo; porque de recordar es el modo de poblar y cultivar los terrenos en aquella época azarosa, y cuando la guerra debia dejar muchos despoblados y desiertos. Los que, ó recibian por merced, ó se apropiaban por derecho un territorio, no pudiendo cultivarle por sí, estipularon pactos ó cartas pueblas con los colonos y pobladores de aquellos territorios: unos y otros guardaban relacion con la clase y la feracidad de los campos, y como la renta se pagaba por lo comun en frutos, de ahí la diferencia de las pensiones, los nombres con que se han conocido; pero á nadie ha ocurrido tener por ilegítimas estas prestaciones solo porque se las haya llamado diezmo, veintena, tercias ó cosa semejante.

El legislador mismo no se muestra convencido de la índole de estas prestaciones, cuando reserva á los perceptores el derecho de probar su origen, lo cual pone mas de manifiesto la duda con que procedia al suprimir algunas como feudales, y creer que los Señoríos territoriales y solariegos pudieran ser propiedad particular. Durante la discusion, y antes que el Proyecto fuese ley, un jurisconsulto notable presentaba á las Córtes otro, del cual preferiríamos algunos artículos, porque en nuestro concepto precisan mejor el carácter de los Señoríos que se debian suprimir, y los que se podian conservar. En ese Proyecto, que el autor del discurso acerca de los Señoríos, sometia al voto de la opinion, declaraba definitivamente abolidos «todos los servicios y prestaciones personales de cualquiera especie, que se pagaban ó debian por pacto ó costumbre á los antiguos señores, por los llamados vasallos, ya tengan por origen la jurisdiccion señorial, ó ya cualquiera otro origen, aunque sea el de contrato.» Este precepto saca ventaja al 4.° del decreto de Agosto de 1811, y al 8.° de el 23. Antes de que se atribuyeran los señores, ó que se les concediera la jurisdiccion, percibian, como es sabido, prestaciones personales, que procedian mas que del feudalismo de la servidumbre. Las prestaciones personales eran todas de esta clase. Estableciendo que debian contarse en este número todas

las que no se hallaran especialmente afectas ó cargadas sobre tierras, casas, ú otra especie de bienes raices, trazaba una linea divisoria entre la feudalidad ó sus vestigios, y la propiedad territorial acensuada. Para no perjudicar con esta supresion derechos legitimos, concedia indemnizacion de estas prestaciones siempre que procedieran de titulo oneroso, como por precio ó por servicios al Estado. En otro decia: «los colonos que bajo de cualquiera denominacion y por cualquier titulo perpétuo hubiesen recibido de los señores ó dueños tierras, casas ú otros bienes raices, con obligacion de ciertas prestaciones reales al dominio directo, quedan irrevocablemente asegurados en el goce del dominio útil de estos predios.» Hé aqui un articulo que podia salvar las prestaciones sin reparar en su nombre y en su entidad, solo por la fuerza y virtud de esos contratos, que en cuantas leyes hay publicadas se han tratado de respetar. De este articulo era consecuencia el siguiente, que aplicaba igual disposicion á los que por título de feudo, de foro, subforo, ú otro pacto cualquiera, hubiesen recibido las fincas para gozarlas, bajo de una pension anual, en frutos ó dinero, ya sea por tiempo indefinido, ó ya por las vidas de dos señores reyes y veinte y nueve años mas. El capricho tenia parte en la fijacion de términos á los contratos, pero bajo cualquier forma que aparezcan celebrados, podian cumplirse garantizando sus derechos á los contratantes en virtud de la ley de reciprocidad, que es la mas genuina manifestacion del principio de justicia. Los Señorios territoriales y solariegos, como de propiedad particular, eran protegidos en el Proyecto sin mas escepcion que el derecho de reversion en los términos señalados por otros articulos de la misma. Esto por oneroso que fuese era mas seguro que el art. 5.° del decreto de 1811, de cuya vaguedad, que no se salvaba por la ley del 23, debian nacer pleitos, y no sencillos.

No hace al caso examinar otras disposiciones del Proyecto, pues solo le hemos citado por vía de ilustracion, ya que de eso y mas necesita una ley que no acababa las dudas, aunque aumentase los articulos. Basta con lo espuesto para reconocer

los inconvenientes de una reforma, que por lo radical y perniciosa, fué grandemente combatida en el Parlamento, y hasta tres veces rechazada por el poder real.

Art. 9.° y último. *Así los laudemios como las pensiones y cualesquiera otras prestaciones de dinero ó frutos que deban subsistir en los enfitéusis referidos, sean de señorío ó alodiales, se podrán redimir como cualesquiera censos perpétuos bajo las reglas prescritas en los arts.* 4.°, 5.°, 6.°, 7.°, 8.° *y* 12 *de la Real cédula de* 17 *de Enero de* 1805 (Ley 24, tít. XV, lib. X de la Nov. Rec.); *pero con la circunstancia de que la redencion se podrá ejecutar por terceras partes á voluntad del enfiteuta, y que se ha de hacer en dinero ó como concierten entre sí los interesados, entregándose al dueño el capital redimido, ó dejándolo á su libre disposicion.*

La cualidad de redimibles deben tenerla todas las cargas que afecten á la propiedad. Ese requisito, negado antes á los censos territoriales y solariegos, debia convertirse en provecho de la agricultura y mejorar inmensamente la suerte legal de los colonos. Este artículo merece nuestra mas completa aprobacion, ya que tengamos el sentimiento de no poder decir lo mismo de algunos otros. El análisis de esta ley podia haber sido mas rápido; pero de intento nos hemos detenido en ella, porque la materia es grave, y esa ley y la del año 1811 desarrollan la doctrina de Señoríos.

Artículo 3.°

Ley de 26 de Agosto de 1837.

La Comision encargada de revisar los decretos espedidos por las Córtes en las anteriores épocas constitucionales, propuso en 27 de Noviembre de 1836 el restablecimiento en su fuerza y vigor de la ley de Señoríos sancionada en 1823. Habia sufrido la ley demasiadas impugnaciones para que dejára de tenerlos el dictámen. Una nueva discusion dió por resultado la

que pasamos á analizar; ley que por ser la última es digna de estudio.

Artículo 1.° *Lo dispuesto en el decreto de las Córtes generales y extraordinarias de 6 de Agosto de 1811, y en la ley aclaratoria del mismo de 3 de Mayo de 1823, acerca de la presentacion de los títulos de adquisicion para que los Señoríos territoriales y solariegos se consideren en la clase de propiedad particular, solo se entiende y aplicará con respecto á los pueblos y territorios en que los poseedores actuales ó sus causantes hayan tenido el Señorío jurisdiccional.*

La Comision buscaba un medio conciliatorio, y tuvo por el mas conveniente limitar á un solo caso la presentacion de títulos. Este fué, como se ha dicho, el caballo de batalla. La presentacion de títulos, y el despojo en el interin, eran un atentado contra los Señoríos territoriales y solariegos, una vez declarados propiedad particular. Mas por otra parte, si la nacion se habia de reintegrar en sus derechos, si habian de cesar los efectos del feudalismo, causa de enojosas distinciones en el estado de las personas, era menester subir al orígen de esos Señoríos, y no permitir que subsistiesen á la sombra del dominio prestaciones que eran producto de un régimen abolido. Toda la dificultad la encontraba la Comision en deslindar, segun convenia, lo que era preciso destruir, lo que era preciso respetar. Formarse una idea cabal de lo que era el Señorío, aquilatar la causa de ciertas prestaciones, hé aqui el medio único de resolver el problema, y bajo la inspiracion de ese sentimiento y de esa necesidad, la Comision discurria de esta suerte: « Lo que se llama Señorío en el sentido de dominacion, de mando y de imperio, es derecho de la Nacion, imprescriptible é inalienable, como todo lo que le pertenece, incapaz por lo tanto de ser poseido por simples particulares. El Señorío seria una palabra vana, si no participasen de su carácter todos los tributos, todas las prestaciones que se derivan de él, y en este caso se encuentran la jurisdiccion, el derecho de declarar impuestos, y la autoridad para exigirlos. Donde quiera que se encuentre ese abuso, alli debe estirparse. Los

nombres, añadia, hacen mucho para determinar la naturaleza de otras prestaciones, pechas, yantar, castillería y otros, así como ciertos privilegios esclusivos, privativos y prohibitivos de caza, pesca, hornos y molinos son vestigios del feudalismo, que al menos bajo esta forma tomó posesion en España, y que por lo tanto deben desaparecer. Los títulos mas auténticos darán todo lo mas derecho á una indemnizacion equitativa; nunca á que se conserven y mantengan abusos y usurpaciones incompatibles con la dignidad de los hombres libres. En ese sentido están dictados el decreto de 1811 y la ley de 1823: tal es el espíritu de sus disposiciones.

«Mas no deben confundirse con las anteriores otras prestaciones que, no por hallarse alguna vez unidas, son de distinta especie. Los predios rústicos y urbanos son objetos comerciales: sobre ellos pueden imponerse prestaciones, rentas, gravámenes que tengan origen en un contrato legítimo. Esas nuevas especies, así pueden proceder del título de Señorío y feudalismo, como proceder, y es lo mas probable, del dominio particular: en la necesidad de distinguirlas, y en la imposibilidad, por otra parte, de pronunciar una regla absoluta, se ha echado mano de una presuncion: es posible, y es muy probable, que los predios y prestaciones unidas á un territorio sujeto al Señorío jurisdiccional, tengan el mismo orígen que este Señorío. Los títulos de adquisicion son los únicos que pueden aclarar la duda, y los señores están obligados á presentarlos para vencer la presuncion que contra ellos existe. No sucede así con aquellos otros, donde no ha existido tal Señorío, el jurisdiccional: faltando en este caso el motivo de la sospecha, desaparece la necesidad de presentar los títulos.»

Esta presuncion elevada á ley, eso es el artículo. ¿Habia algo que reparar en la presuncion? ¿Habria algo que oponer á la ley? La contestacion afirmativa la hallamos en los debates que prepararon la resolucion. Como medida conciliatoria, no debia evitar las censuras, que alcanzan siempre los términos medios, de modo que la ley, si bien juzgada con mas benignidad que la de 1823, no se vió exenta de impugnaciones. En el

fondo convenian los discursos de esta época con los de la precedente. Si la discusion produce la luz, pocas leyes serán mas claras, porque pocas habrán sido mas controvertidas. Pero en el cuadro del feudalismo, aunque trazado por manos maestras, las líneas están mal determinadas; como la materia es difícil se puede afirmar, sin ofender á sus autores, que supieron desvanecer las sombras, pero no disiparlas.

En concepto de uno de los oradores (Sr. Tarancon), la sábia disposicion de 6 de Agosto de 1811 contenia cuanto era de desear para el loable fin que se propusieron sus autores, reintegrando á la Nacion de lo que nunca debió separarse de la suprema autoridad pública, aliviando á los pueblos de las exacciones y cargas incompatibles con los principios nuevamente proclamados, y respetando al mismo tiempo el sagrado derecho de propiedad, que es el fundamento de la sociedad, y nunca puede atacarse sin ofensa de la justicia y sin peligro del órden y de la comun seguridad. En el empeño de hacer prevalecer su juicio, atribuia al encono de los partidos, á la divergencia de opiniones y al influjo de intereses encontrados, el hecho de que siendo la ley clara, á muchos les pareciese oscura, siendo justa, fuesen tantos los que se quejasen de sus perjuicios. El prestigio de la ciencia no nos seduce en este caso; admitiendo estas causas honrábamos el imperio de la ley y la autoridad del talento. ¿Pero cómo aceptarlas, sin acriminar á la gran mayoría de la Nacion, preocupada con esas dudas? ¿Deseaban mas que el acierto los tribunales de justicia? ¿podian buscar mas que la verdad los que un año y otro provocaban el mismo debate? ¿pues cómo es que tan diversos fueron los pareceres, tantas y tan varias las esplicaciones? A las reflexiones delicadamente sensatas de un jurisconsulto ilustre, vamos á oponer la contestacion concluyente de un hombre decidido. Comentando el mismo decreto otro señor diputado (Gomez Becerra) en la sesion del 20 de Marzo, preguntaba: «¿Semejante decreto *(el de 6 de Agosto de* 1811*)*, habló de todas las propiedades? No señor: trata solo de los Señorios. Estos ó son jurisdiccionales ó yo no los admito; tengo sin em-

bargo que valerme de una espresion usada en el mismo, cual es la de Señorios territoriales. Yo no conozco tales Señorios. El señor que no lo es mas que del terreno, para mi es lo mismo que el dueño de una finca cualquiera, sea chica ó grande. Si no tiene mas que la propiedad de un territorio, no hay Señorío, es como el que tiene cualquiera propiedad. Se llama señor como se llama al que recibe el enfitéusis del dominio directo, y en fin, como se dice señor al que es dueño de un censo en contraposicion del colono, es decir, señor, tomado de la palabra latina *dominus*, que significa dueño.»

Pues bien: eso es lo que hallamos vituperable en el decreto; esa distincion hecha con buen deseo, pero con escasa fortuna, causa, no tememos decirlo, de haber tenido que acudir á presunciones mas ó menos aceptables, pero todas falibles, porque lo es siempre esta regla de criterio.

Art. 2.° *En consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran como de propiedad particular los censos, pensiones, rentas, terrenos, haciendas y heredades sitas en pueblos que no fueron de Señorío jurisdiccional, y sus poseedores no están obligados á presentar los títulos de adquisicion, ni serán inquietados ni perturbados en su posesion, salvo los casos de reversion é incorporacion y las acciones que competan por las leyes, tanto á los pueblos como á otros terceros interesados acerca de la posesion ó propiedad de los mismos derechos, terrenos, haciendas y heredades.*

Por el principio adoptado en la ley no podia ser otra cosa. La posesion obra aquí en sentido inverso que en el caso anterior, y es tanto mas fundada, cuanto que el artículo borra la palabra *Señorío*, no emplea un título de significacion dudosa para denotar é incluir entre los derechos del propietario cargas y pensiones afectas al terreno. La regla se limita solo en dos casos: ni el artículo se opone á los pleitos de incorporacion y reversion, ni el artículo imposibilita el ejercicio de las acciones que los pueblos ó terceros interesados pudieran intentar contra la posesion ó la propiedad con arreglo á las leyes.

Art. 3.° *Tampoco están obligados los poseedores á presen-*

tar los títulos de adquisicion para no ser perturbados en la posesion de los predios rústicos y urbanos, y de los censos consignativos y reservativos que estando sitos en pueblos y territorios que fueron de Señorío jurisdiccional, les han pertenecido hasta ahora como propiedad particular. Si ocurriere duda ó contradiccion sobre esto, deberán los poseedores justificar por otra prueba legal y en juicio breve y sumario, la cualidad de propiedad particular independiente del título de Señorío, y será prueba bastante en cuanto á los censos consignativos, la escritura de imposicion; pero en cuanto á los reservativos, además de la escritura de dacion á censo acreditarán que al tiempo de otorgarla pertenecía la finca gravada al que la dió á censo por título particular diverso del de Señoríos. La resolucion que recaiga en estos juicios decidirá solo sobre la posesion, quedando salvo el de la propiedad.

Los nombres que por sí solos comprometian la existencia de algunas prestaciones, proclamaban la legitimidad de otros, ¿qué sospechas podia ofrecer la simple posesion de predios rústicos y urbanos, ó de censos ya consignativos, ya reservativos? La ley no hostilizaba al simple propietario, ni se metió con él; por mas que algun señor diputado, suponiendo de mal orígen la propiedad acumulada, creyese que aun á los dueños de grandes cortijos debia exigírseles este requisito. Con haber aceptado esta idea, se habria inferido una ofensa á la propiedad, lo cual habria sido de funesto ejemplo, despues de llamarla *sagrado derecho*, y protestar una vez y siempre que de lo que se trataba era de despojarla de accidentes estraños. De estimar es que el legislador mostrase consecuencia, ya que en otros puntos no escaseó las contemplaciones; sirva de ejemplo la segunda parte del artículo: «si duda ó contradiccion existen, los dueños han de desvanecerla probando en un juicio instructivo la cualidad de propiedad particular, lo cual, si es censo consignativo, pueden hacerlo presentando la escritura, y si fuere reservativo, acreditando á la vez que no era señorial la finca que aparece gravada.»

Por sentencia de 23 de Febrero de 1854, en conformidad

con lo prevenido en el mismo, se declara: 1.°, que los poseedores de predios rústicos y urbanos sitos en los pueblos que fueron de Señorío jurisdiccional, para que no sean perturbados en la posesion de ellos cuando ocurra contradiccion, necesitan justificar por otra prueba legal, en el juicio instructivo establecido por el art. 3.° de la ley de 26 de Agosto de 1837, la cualidad de propiedad particular independiente del título de Señorío; 2.°, que este juicio instructivo solo decide sobre la posesion, quedando salvo el de propiedad; 3.°, que probado en el primero que los bienes no proceden de Señorío jurisdiccional, y ejecutoriado que no deben los poseedores ser perturbados en la posesion de los mismos, cesa en ellos y en sus sucesores la obligacion de presentar los títulos de adquisicion ú otra prueba legal; 4.°, que el juicio de propiedad que deja á salvo el art. 3.° de la ley citada, debe sustanciarse y decidirse por las reglas del derecho comun; 5.°, que segun esté ejercitándose en el juicio de propiedad una accion reivindicatoria, incumbe al demandante y no al demandado la prueba de la demanda, estando en su derecho el último negándose á exhibir los títulos de pertenencia de las fincas de que está en posesion; 6.°, que no imponiendo la ley de 26 de Agosto de 1837, á los demandados poseedores, en el juicio de propiedad, la obligacion de exhibir los títulos de adquisicion ni otra prueba, sino que esta obligacion legal y el hecho de la exhibicion solo tiene lugar en el juicio instructivo de posesion; la sentencia que no reconozca esta doctrina es contraria á las prescripciones de la ley de Señoríos citada, y clara y terminantemente á su art. 3.° El 1.° y 2.° números no hacen mas que reproducir la ley, pero los siguientes son consecuencia inmediata, por eso los hemos copiado. La presentacion de títulos es escusada habiendo precedido el juicio instructivo; el de propiedad se sustancia como cualquier otro, reducido á ejercitar una accion reivindicatoria, la prueba corresponde al demandante; la ley analizada no dice que tengan esta obligacion los demandados fuera del pleito de posesion, que es cuando la ley les exige presentar los títulos, luego la senten-

cia que desconocia esta doctrina era nula, como contraria á la ley.

Los efectos de dicho juicio instructivo fueron igualmente apreciados por otra sentencia de 19 de Octubre de 1861, en la que se resuelve que la declaracion dictada en el juicio instructivo prescrito en el art. 3.° de la ley de 26 de Agosto de 1837, de que los bienes y derechos de los antiguos señores no proceden de orígen juridiccional; basta, segun la misma ley, para que estos no sean perturbados en su posesion, mientras en el juicio de propiedad no se decida lo contrario; eximiendo además aquella declaracion á los antiguos señores de una nueva presentacion de los títulos de adquisicion.

En sentencia de 25 de Enero de 1862 se declara: Que si bien por el decreto de las Córtes de 6 de Agosto de 1811, y por las leyes de 3 de Mayo de 1823, y 26 de Agosto de 1837, quedaron abolidos los Señoríos jurisdiccionales y las prestaciones, así reales como personales, que trajeren su orígen de ellos, se esceptuaron, sin embargo, aquellos que procediesen de contrato libre: Que segun el art. 3.° de la ley de 26 de Agosto de 1837, los poseedores de las prestaciones procedentes de contrato libre, no están obligados á presentar los títulos de adquisicion para no ser perturbados en su posesion ni en la de los predios, censos y derechos que les hubiese pertenecido como propiedad particular, aun cuando estuviesen situados en pueblos en donde ejercieron el Señorío jurisdiccional: Que si bien en caso de duda ó de contradiccion debe justificarse la cualidad de posesion por otras pruebas legales, este deber es especial y distinto del de la presentacion de los títulos de adquisicion de los Señoríos; y que por la misma ley de 1837 se respetaron los enfitéusis constituidos por los poseedores sobre terrenos que fuesen de Señorío, aunque este fuese de los revertibles ó incorporables; y se dispuso que el dominio útil habria de permanecer en los que le adquirieron, considerándose como de propiedad particular, quedando por tanto los predios, en que dicho dominio estuviere constituido, fuera del alcance del secuestro establecido, para el caso en que

los titulados señores, debiendo presentar sus titulos, no lo hubiesen cumplido en el plazo prefijado.

En otra de 30 de Mayo de 1862 se declara: Que segun la ley de 26 de Agosto de 1837, para que los llamados señores puedan continuar percibiendo las prestaciones que los pueblos les satisfacian, es necesario que justifiquen en debida forma, que dichas prestaciones proceden de contrato libre, y que les pertenecen por dominio puramente alodial.

En otra de 21 de Junio de 1862 se declara: Que por el art. 4.° del decreto de las Córtes de 6 de Agosto de 1811, quedaron abolidas las prestaciones, así reales como personales, que debiesen su origen á título jurisdiccional: Que por el art. 1.° de la ley de 26 de Agosto de 1837, se dispuso que los poseedores de dichas prestaciones, ó sus causantes, que hubiesen tenido el Señorío jurisdiccional, presentasen los títulos de adquisicion de las mismas; y por el 3.°, que los que poseyesen como propiedad particular predios rústicos y urbanos, censos consignativos y reservativos en pueblos y territorios que fueren de su Señorío jurisdiccional, si sobre esto ocurriese duda ó contradiccion, deben justificar por otra prueba legal y en juicio breve y sumario, la cualidad de propiedad particular independiente del título de Señorío; y que el verbo latino *canto*, en ciertos privilegios antiguos no tiene el significado de dacion de propiedad, sino el de inmunidad, seguridad, garantía.

Art. 4.° *Por último, no estarán obligados á presentar los títulos de adquisicion aquellos señores que hayan sufrido ya el juicio de incorporacion ó el de reversion, y obtenido sentencia favorable egecutoriada; pero si fueren requeridos exhibirán la ejecutoria, la cual será cumplida y guardada en todo lo sentenciado y definido por ella, excepto en cuanto á los derechos jurisdiccionales y á los tributos y prestaciones que denoten señorío ó vasallage, y que quedan abolidos por las leyes anteriores y por la presente.*

Hay dos caractéres que distinguir en el Señorío; habia que conservar esta distincion en la ley. El juicio sobre el origen

del dominio no tendria objeto, porque la nacion interesada en reivindicar la cosa no lo habia conseguido, dando por bueno el derecho de su dueño. Pero en la trasmision de ese derecho, ó por título oneroso ó por merced debida, comprendiéronse accesorios importantísimos, la tierra y el cielo, segun lenguaje de aquellos tiempos, y esos objetos ó su valor están representados por gravámenes que denotan señorío y vasallaje. Aunque lo primero subsista, ¿lo segundo puede subsistir? De ninguna manera: y eso es lo que dice la ley. No habia otro medio de acabar algunas enormidades denunciadas en todos los Parlamentos. Quejábase un señor Diputado (Alcalá Zamora) del abuso de ciertas cláusulas, y para probar hasta qué punto eran ridículas, recordó que las ventas y donaciones se hacian desde la *hoja del árbol hasta la tierra del rio*. Mas á esto se respondió, que semejantes cláusulas por demasiado generales nada significan, y todo está reducido á prescindir de ellas. A nadie ocurriria imitar la conducta de aquel juez de Alcalá, de quien se cuenta, que teniendo que hacer el apeo del término de una villa, cuya concesion se habia hecho con aquella cláusula, no acertó á comprender que eso denotaba la exencion de todo Señorío, y así fué, que tomándolo al pié de la letra, fué al pueblo, y no encontrando árboles en él, ni en sus inmediaciones, pasó á buscarlo hasta las inmediaciones de Somosierra, y no habiendo encontrado rio, continuó la operacion hasta que llegó al Henares.

Art. 5.° *Con respecto á los otros predios, derechos y prestaciones, cuyos títulos de adquisicion deban presentarse, se concede á los que fueron señores jurisdiccionales el término de dos meses, contados desde la promulgacion de esta ley para que los presenten; y si no cumplieren con la presentacion dentro de este término, se procederá al secuestro de dichos predios, proponiendo en seguida la parte fiscal la correspondiente demanda de incorporacion.*

Sobre que nada podia escusar la presentacion de los títulos en estos Señoríos, presentarlos lo mas pronto posible era útil á los dueños, á los pueblos y á la Nacion. Debia producir

la medida algun desórden, principalmente para las casas que en tan corto espacio necesitaban registrar los últimos rincones del archivo, pero con haberse limitado esta formalidad á determinados Señoríos, y con haber sido tan frecuentes en España los pleitos de incorporacion, y aun conceder medios supletorios, el trabajo se habia simplificado. Esto nos reconcilia con la premura de la disposicion, ya que nos diferenciemos de muchos en esto de aprovechar el tiempo, convencidos de que las prisas solo son buenas para los que saben entenderlas. La amenaza á los contraventores es tolerable: en su mano está el evitarla; peor hubiera sido el secuestro acordado segun antes lo habia sido *ad interim*, ó como medida preventiva.

ART. 6.° *Si los presentaren dentro del término, continuarán las prestaciones, rentas y pensiones que consten en los mismos títulos hasta que recaiga sentencia que cause ejecutoria; cuyos efectos, en el caso de ser contraria á los señores, se declararán eficaces desde el dia en que se promulgue esta ley.*

Seguiase la misma práctica en los pleitos de reversion: la cosa permanece en poder del poseedor, es decir, el estado de posesion no cambia; pero los efectos de una sentencia contraria corren desde la fecha de la promulgacion de la ley, en la que empieza á ser controvertible su derecho.

ART. 7.° *La presentacion de los títulos de adquisicion se verificará en los juzgados de primera instancia que deben conocer del juicio instructivo de que trata el art. 4.° de la ley de 1823, y se hará; ó de los mismos títulos originales, ó de testimonios literales ó íntegros de ellos que se pedirán en los juzgados de partido en que se hallen los archivos de los señores. Para ello se exhibirán los títulos originales, y puestos los testimonios, se concertarán con aquellos á presencia del juez y del promotor fiscal, que firmarán la diligencia que se extienda á continuacion de los mismos testimonios: todo sin perjuicio de los otros cotejos, comprobaciones y reconocimientos que soliciten las partes interesadas.*

El presente artículo es de pura tramitacion, consiste en decir cómo se ha de verificar la presentacion de títulos: pue-

den presentarse originales, ó por testimonios literales é integros de los mismos. En este último caso hay que pedirlos á los juzgados del partido en que se hallen los archivos, con cuyo objeto se presentarán los originales, y puestos los testimonios se concertarán á presencia del juez y del promotor fiscal, que firmarán la diligencia estendida á continuacion de los mismos testimonios: todo sin perjuicio de los cotejos, reconocimientos y comprobaciones que soliciten las partes interesadas.

La ley tiende á facilitar el medio de cumplir con un requisito: no deja como la primera á los señores en el conflicto de presentar títulos que no tienen, que la accion del tiempo ó que el furor de la guerra ha destruido.

Art. 8.° *Cuando los señores no puedan presentar los títulos originales porque hayan sido destruidos por incendio, saqueo ú otro accidente inevitable, cumplirán con presentar copia íntegra legalizada, fehaciente de los mismos títulos, acreditando la destruccion de estos con otros documentos ó informaciones de testigos hechas en la época coetánea y próxima á los sucesos que causaron dicha destruccion. Si presentaren todo lo que previene este artículo en el juzgado de partido en que se hallen los archivos, se les darán los testimonios que pidan, en los mismos términos y para los fines que prescribe el artículo anterior con respecto á los títulos originales.*

Lo que los señores deben desear es no haber tenido la desgracia de perder los títulos, pues el trabajo de suplirlos no carece de inconvenientes: 1.°, es necesario copia íntegra legalizada, fehaciente de ellos: 2.°, exige la ley que acrediten la destruccion de los primeros con documentos ó informaciones de testigos, hechas en época coetánea ó próxima á la destruccion. Estos siniestros han sido en España muy frecuentes. Pero ¿serian muchos los que se cuidasen de acreditarlos en su tiempo? ¿Quién adivinaba entonces la necesidad de estar preparados con tales informaciones? En este como en todos los paises, arrojados los propietarios en brazos de la prescripcion, han fiado la custodia de sus derechos al tiempo. Esto es lo que hallamos de malo en las leyes de Señorio: terribles leyes, que

poniendo en duda una propiedad secular, quebrantan la base de este derecho.

Las diligencias de ambos artículos van encaminadas á poner en observancia el art. 4.° de la ley de 1823, que trata del juicio instructivo. Sobre la naturaleza de este juicio hay resolucion especial. El Tribunal Supremo por sentencia de 21 de Junio de 1859, pronunciada en un pleito del Duque de Alba, ha declarado: Que el juicio prescrito en el art. 4.° de la ley de 3 de Mayo de 1823, no puede ni debe calificarse como un juicio ordinario de propiedad, por mas que en su prosecucion observen las partes algunas singularidades.

Art. 9.° *Se declara que por el restablecimiento de la citada ley de 3 de Mayo de 1823, no tienen derecho los pueblos ni los particulares para reclamar y repetir de sus señores lo que les hayan pagado mientras que aquella no ha estado en vigor y observancia.*

La ley de Señoríos habia sufrido las mismas vicisitudes que el régimen constitucional, y era necesario fijar los efectos de sus interrupciones.

El Sr. Rey D. Fernando VII no pudiendo ser menos celoso de sus prerogativas que sus antecesores, al paso que se desentendió de cuanto habian hecho las Córtes en su ausencia, por Real cédula de 15 de Setiembre de 1814 aprobó, con calidad de por ahora, la incorporacion de los Señoríos jurisdiccionales, reintegrando á los interesados en los territoriales, en la posesion de que habian sido despojados por los pueblos. El 7 de Marzo de 1820 volvió á agitarse en las Córtes la cuestion de Señoríos; mas como con el pretesto de interpretar el art. 5.° del decreto del año 11, lo que se hizo fué una nueva ley, despues de haber sido fuertemente combatida, el Rey la negó su sancion: reprodúcese la idea en la siguiente legislatura, y no obstante el empeño con que se sostuvo el debate, sucede lo mismo; hasta que admitido y aprobado el Proyecto por tercera vez, obtuvo la sancion necesaria con arreglo al art. 149 de la Constitucion. Si leyes mejor recibidas y menos graves fueron abolidas á la cesacion de aquel régimen, no era dudoso el

término que esperaba á la de Señorios. Su restablecimiento tuvo lugar de la manera que se ha dicho, pero se pregunta: ¿habria convenido hacerle, dándole efectos anteriores? No: los efectos retroactivos de las leyes se justifican pocas veces; en España teniamos el ejemplo y un escarmiento que debia ponernos en guardia contra el espíritu reaccionario; ojalá proceda siempre el legislador con igual criterio, y quite motivos de pedir reparaciones, que es el pretesto para satisfacer venganzas. Sea como quiera, la ley de 3 de Mayo de 1823 habia quedado sin observancia: llegada la época de su revision, no se restableció sin graves alteraciones; era, puede decirse, una nueva ley la de 1837: si por respeto á lo pasado y con la mira de establecer continuidad entre tres periodos que formaban una época, trasmitianse de uno en otro los decretos, y el último parece como que heredaba y prestaba la sancion á los anteriores, no estaba una legislatura tan sujeta á los precedentes que no pudiese distinguir los tiempos intermedios. Tenemos por un mérito de la que puso el sello á la ley de Señorios, ultimar la reforma, pero sin que se pudiese reclamar á los señores lo que les hubiese sido satisfecho.

Art. 10. *Cuando los predios que fueren de Señorio se hayan dado á foro, censo ó enfitéusis, aunque el Señorio sea reversible ó incorporable á la Nacion, continuará el dominio útil en los que lo hayan adquirido, considerándose como propiedad particular. Los contratos que se hayan celebrado despues de la primera concesion, para transferir á otras manos los foros, censos y enfitéusis, se cumplirán como hasta ahora, y segun su tenor.*

Esta disposicion no necesita comentarios, pero merece elogios. Algo hemos indicado sobre lo beneficios de las enfitéusis, aunque dejamos para en su dia completar su juicio crítico. Los colonos que en fuerza de desvelos arrancaron frutos de una tierra ingrata, merecian recompensa por su trabajo; natural es que la Nacion, dueña de esos terrenos mediante la reversion, no desconociese obligaciones, que eran sagradas aun para los antiguos señores.

Art. 11. *Lo dispuesto en el art. 8.° de la referida ley de* 1823, *acerca de que cesen para siempre las prestaciones y tributos que se mencionan, se entiende tambien con respecto á las conocidas bajo los nombres de pecha, fonsadera, martiniega, yantar, yantareja, pan de perro, moneda forera, maravedises, plegarias y cualesquiera otras que denoten señorío y vasallage, pues todas las de esta clase deben cesar desde luego y para siempre, preséntese ó no el título de adquisicion, aunque los pueblos ó territorios que fuesen de Señorío y en que se pagaban, reviertan ó se incorporen á la Nacion por cualquiera causa.*

Hay dos medios de llegar á una generalizacion: el adoptado por este artículo, idéntico al 8.° de la ley anterior, es el menos seguro, ¿á qué se atuvo el legislador para borrar de una plumada estas prestaciones, sin respeto á los títulos? ¿en qué clase las colocaba? ¿dónde buscó su procedencia? Difícil es averiguarlo con su distincion de títulos: jurisdiccional, feudal y territorial. La mayor parte de los pleitos promovidos sobre Señoríos, han tenido por objeto determinar la índole de prestaciones que con los mismos ó parecidos nombres han satisfecho los pueblos, ¿quién no recuerda lo mucho que han dado que hacer las famosas pechas de Navarra? La *pecha* es un nombre genérico, y lo mismo puede significar una cosa que otra; verdad es que se encuentra entre las suprimidas, pero el *terratge* tambien lo estaba, y ha habido que restablecerle por ser una prestacion legítima en algunas provincias.

Sobre pleitos de esta especie han recaido las siguientes decisiones que forman jurisprudencia:

De conformidad con lo prevenido en esta ley se dictó la sentencia de 14 de Octubre de 1845, declarando: 1.° que la prestacion de 284 robos de trigo que pagaba el lugar de Esparza era en calidad de pecha y de orígen que denotaba señorío y vasallaje: y 2.° que con arreglo á las leyes debia quedar abolida como todas las de esta clase, así reales como personales.

Vuelve á repetirse la misma doctrina por otra sentencia de 2 de Marzo de 1849, que declara abolida cierta pecha cobrada por la casa de Alba de la villa de Lerin. Los fundamen-

tos de la decision consisten en que era una anexidad al Señorío jurisdiccional que la referida casa ejerció en la citada villa: que no perdió su naturaleza aunque se la cambió el nombre, y que no obsta la ejecutoria obtenida en 1829, puesto que el artículo 4.° de la referida ley de 1837 esceptúa los derechos jurisdiccionales y los tributos y prestaciones que denoten señorío ó vasallaje, abolidos por ellas y leyes anteriores.

En uno de ellos era interesado el Duque de Alba que pretendia tener derecho á una *pecha* anual de 25 robos de trigo de los labradores de la villa de Arellano en Navarra. El Tribunal Supremo consideró: 1.° que por decreto de 6 de Agosto de 1811, y por la ley de 3 de Marzo de 1823 quedaron abolidas todas las prestaciones reales y personales que deben su orígen á título jurisdiccional ó feudal y que denoten señorío y vasallaje. 2.° que la pecha litigiosa no trae su orígen de contrato ni le pertenece por dominio puramente alodial, pues en la Real carta se dice que la donacion se hace con todos los homecidios, caloñas é señorío y los demas derechos del rey donante, reservándose únicamente para sí la alta justicia. 3.° que los causantes del Duque se habian llamado señores de Arellano y sus vecinos vasallos, resultando averiguado que lo que se les concedió fué el Señorío jurisdiccional, bajo cuyos supuestos por sentencia de 3 de Setiembre de 1850 se declaró suprimida dicha prestacion como todos los tributos, pechas y prestaciones reales ó personales que traen su orígen de Señorío jurisdiccional.

Era imposible que los tribunales salieran de estos principios, de modo que vista una declaracion están vistas todas. Otra sentencia de 5 de Julio de 1851 contiene una decision análoga en otro pleito de la casa de Alba, en el que como tantas veces ocurre por la confusion de esa materia, se trató sobre si era ó no incorporable á la nacion y si procedia ó no del señorío territorial ó solariego el noveno de varias producciones que cobraba sobre ciertos pueblos. El tribunal apreció en este pleito: 1.° que por los tres artículos primeros de la ley de 1837 se presume de orígen jurisdiccional toda prestacion satisfecha

en pueblos ó territorios donde el poseedor actual ó sus causantes hayan tenido esta especie de señorío. 2.° que esta presuncion no se destruia por la presentacion de títulos, pues aun con ellos no se sabe si la prestacion trae su orígen de uso legítimo del primero de estos señoríos, ó de abuso del segundo de ellos: siendo forzoso por tanto para desvirtuar dicha presuncion acreditar la celebracion posterior de un contrato libre que sea orígen inmediato y legítimo de prestacion. 3.° que lejos de acreditar este estremo resultaba lo contrario, añadiéndose ademas que era inútil recurrir para llenar el vacío que esto deja á considerar la existencia de la prestacion de que se trata anterior á la concesion del señorío por las razones que desvirtuan este supuesto. De donde se sigue como último y preciso corolario, que la prestacion del noveno debe cesar por ser una de las que denotan señorío y vasallaje, y como tal hallarse comprendida en el art. 11.

En otro sobre prestacion de fonsadera, etc., se declaró en 25 de Junio de 1856 que cuando en las prestaciones de que se trata no se prueba que proceden de contrato ó que pertenecen por dominio puramente alodial, deben considerarse abolidas. Los supuestos que se apreciaron para esta declaracion fueron los siguientes: 1.° hallarse suprimidas todas las prestaciones reales ó feudales estando mandado que cesen desde luego y para siempre las comprendidas en el artículo 8.° de la ley de 1823, sin perjuicio de que se mantuviera en la posesion al perceptor si pretendiese y probase que tienen su origen de contrato. 2.° que por el contesto de la donacion se deduce con toda evidencia que el señorío no fué territorial, sino jurisdiccional, y tampoco se prueba que las prestaciones tengan origen de contrato ni pertenezcan por dominio puramente alodial. 3.° que no obsta el resultado del pleito de incorporacion seguido por ser de orígen Enriqueño esta donacion, pues el art. 4.° de la citada ley de 26 esceptúa del cumplimiento de semejante ejecutoria los derechos jurisdiccionales y prestaciones y tributos que denotan Señorío. 4.° que segun el art. 11 de la ley de 1837, las prestaciones allí enumeradas, una de ellas, la fonsadera y todas las

de su clase, deben cesar desde luego y para siempre preséntese ó no el título de adquisicion.

Por el principio invocado en dicha disposicion de que todo tributo ó prestacion que denote vasallaje ó señorío jurisdiccional está abolido, y debe cesar desde luego para siempre, el mismo Tribunal Supremo declaró por sentencia de 29 de Marzo de 1858, que el derecho de dominicatura espresa un derecho de vasallaje y por lo tanto las prestaciones señoriales que se satisfacen en virtud del mismo están abolidas.

Con ocasion de cierto censo que el pueblo de Valdazo pagaba al monasterio de Huelgas, suscitóse pleito que produjo nuevo recurso para aplicacion de dichas leyes. La cuestion en último término quedaba reducida á saber si el censo provenia de Señorío territorial, como decia el monasterio, ó jurisdiccional que aquel habia ejercido segun decia el pueblo. Vistos los títulos, de los que resultaba que el censo correspondia al monasterio por razon de cierto Señorío, infurciones, que en los privilegios se decia que se daba al monasterio el Señorío y vasallos, etc., de dicho lugar se declaró por sentencia de 11 de Dicimbre de 1858, que la prestacion debia su orígen á título si no jurisdiccional, feudal, y en uno y otro caso que estaba abolida por el art. 1.° de la ley de 3 de Mayo de 1823, etc.

En otra de 23 de Febrero de 1859 se resuelve: Que las leyes de Señoríos de 1811, 1823 y 1837, únicamente abolieron los Señoríos jurisdiccionales ó feudales, y los tributos ó prestaciones de los mismos.

La de 8 de Junio de 1859 declara tambien: Que son legítimos y subsistentes los derechos que no proceden de Señorío jurisdiccional sino de contratos independientes del mismo y celebrados con posterioridad á la adquisicion de aquel entre los pueblos y los señores, aunque hayan estado en algun tiempo unidos ó relacionados.

Art. 12. *Se declara que el citado art. 8.° de la ley de 3 de Mayo de 1823, en la que dispone acerca de la prestacion conocida en algunas provincias con el nombre de terralge, no comprende la pension ó renta convenida por contratos particulares*

entre los propietarios de las tierras y sus arrendatarios ó colonos.

Esta aclaracion era indispensable una vez averiguado que ese nombre que podia ser el de una prestacion feudal, denota en algunas provincias la contribucion que el colono satisface por via de merced al dueño de un terreno.

Art. 13. *En todos los pleitos y expedientes que se instruyeren á consecuencia y para el cumplimiento de lo que queda establecido, serán partes los respectivos promotores fiscales de los juzgados de primera instancia y los fiscales de las audiencias, y unos y otros los promoverán y seguirán con actividad y celo, procediendo ya de oficio, ya á excitacion de los ayuntamientos ó contribuyentes, ó ya como coadyuvantes, sin necesidad de que preceda el medio de conciliacion.*

Los intereses complicados en estos negocios demandan ciertamente la concurrencia del ministerio público: en honor de clase tan ilustre debemos recordar el celo y la inteligencia que tan alta ponen la fama de los antiguos fiscales del consejo.

Hemos analizado, aunque á grandes rasgos, las leyes sobre Señorios: lo que falte en nuestro libro, reducido por necesidad á precisos límites, puede completarse leyendo, aunque no es tarea fácil, las discusiones de Córtes, memorias particulares ó escritos en derecho de entendidos jurisconsultos.

No hay resolucion posterior que merezca citarse, como no sea la Real órden de 14 de Diciembre de 1837, disponiendo que el término del art. 5.° de esta ley no corre contra los impedidos de presentar los títulos por fuerza mayor, etc.

§ V.

De los Mayorazgos.

Artículo 1.°

Orígen ó causa inductiva del Mayorazgo.

Mucho ha dado en que pensar el orígen filosófico, la causa inductiva de la institucion que encabeza estas líneas. El autor

del Opúsculo sobre Vínculos y Mayorazgos, los caracteriza perfectamente considerándolos como una nueva forma en el estado de la propiedad, la encarnacion en el dominio privado de la propia idea que produjo los feudos y los señoríos. Determinar su naturaleza por sus analogías, no es esplicar esa institucion que sería un anacronismo en el derecho, si careciere de un principio en la ciencia. Los Mayorazgos fueron un modo de ser de la propiedad en su tiempo, como lo es la desvinculacion civil en el nuestro, admitida la doctrina de que, ó no ha de haber propiedad, ó ha de ser libre.

Pero en el Mayorazgo jurídicamente considerado sobresalen dos cualidades: primero el honor: segundo el órden de personas que le perpetúan: en lo uno se asemeja al antiguo derecho de primogenitura: en lo otro tiene cierta afinidad con el fideicomiso: no es lícito desconocer ambas analogías Es la primogenitura una preeminencia de linaje que proviene de la naturaleza, pero que han consagrado todos los derechos. Nosotros no podemos tomar á mala parte aquel magnífico principio de la ley 2.ª, tít. XV, Part. II. *Mayoria en nascer primero, es muy grande señal de amor que muestra Dios á los hijos de los reyes aquellos que él la dá entre los otros sus hermanos que nascen despues dél.* No es verdad que la Divina Providencia autorice ciertas distinciones. Pero la ley, con respeto, ya que no con propiedad, espresa el contento de los padres al recoger las primicias de la bendicion nupcial. A ese principio que interpreta de la manera mas natural los sentimientos del corazon, une la ley la razon política, considera al primogénito como cabeza de familia, y funda sobre la prioridad un título de preferencia. El desenvolvimiento de la ley es de una sencillez bíblica, como el pasaje del libro santo que le sirve de motivo. Y en verdad que al frente de una disposicion que es la base fundamental para la sucesion en el reino, y que lo fué de todos los mayorazgos, nada pudo ser mas oportuno que recordar la historia de un pueblo que honró tanto el derecho de primogenitura, como lo prueban entre mil ejemplos el mismo que cita la ley: cuando Isaac dió su bendicion á Jacob,

creyendo que era el mayor, le dijo: «Tú serás señor de tus hermanos, é ante tí se encorbarán los fijos de tu madre: é aquel que bendijeres será bendito, é aquel que maldijeres, caerle ha maldicion.»

Resulta, pues, que ni aun en tan insignificante detalle anduvo desacertado el mas clásico de nuestros mayorazguistas. La palabra Mayorazgo esplica el secreto de la analogía que Molina estableció entre él y la antigua primogenitura. Critíquenle en buen hora los que á tanto se atrevan: si nosotros creyéramos que por hallar semejanza habia querido suponer identidad entre la primogenitura y el mayorazgo, tendriamos que decir que ni conocia uno y otro. Y eso ¿cómo podriamos siquiera sospecharlo, tratándose de tan gran maestro?

Se ha comparado igualmente á los mayorazgos con los fideicomisos, pero al hacerlo no podemos creer que se haya querido confundirlos. Decir que se introdujeron á imitacion de los fideicomisos y de los feudos, no es afirmar que sean lo uno ni lo otro. En la necesidad de buscar los precedentes de esta institucion, hay que acudir donde los tienen todas: el Derecho Romano y el Germano. El primero ofrece por único modelo el fideicomiso; mas sabiendo lo que este era, las causas y los efectos de esta última voluntad, habria sido un error, imposible en nuestros autores, derivar del fideicomiso el origen de los Mayorazgos. Oigamos cómo se esplica Parladorio en sus *Diferencias:* «La naturaleza del Mayorazgo tiene tanta afinidad con el fideicomiso, que en parte no les faltó motivo á Palacio Rubios, Covarrubias, Menchaca, etc., para decir: *Nihil aliud esse majoratum quam fideicomissum quoddam in perpetuum relictum cum primogeniti prærogativa.* Sin embargo, se distingüen, primero, en que el fideicomiso no puede dejarse mas que en testamento ó codicilo; el Mayorazgo puede fundarse por contrato; el fideicomisario no puede tomar de propia autoridad el fideicomiso; el sucesor en el Mayorazgo tan pronto como se cumple la condicion de la institucion, adquiere la posesion del mismo. Es el Mayorazgo una institucion *sui generis*, que no porque se parezca al fideicomiso, y admita alguna vez

el auxilio de sus leyes, se ha de decir que sea una, y la misma cosa (*Dif.* 18).

Apareciendo en la historia poco despues del feudo, seria menos espuesto atribuirles identidad de causa, y esta opinion es la comunmente seguida. Sancho Llamas, examinando la materia dice: «á imitacion, pues, de la práctica de suceder en los feudos segun derecho de los francos, se introdujo la de vincular los particulares sus bienes, y hacerlos indivisibles, sucediendo en ellos el primogénito ó mayor de edad, de donde sin duda se derivó el nombre de Mayorazgo» *(Núm. 40)*. Como Castro en su discurso sobre las leyes, tomo III, div. 2.ª, núm. 9.º, insiste todavia en hacerlos derivar de los antiguos fideicomisos, impugna su doctrina recordando la inobservancia del Derecho Romano hasta el siglo XII; por manera que en el núm. 43, resumiendo su pensamiento, continúa: «es, pues, mas que verosimil que los mayorazgos tomaron su origen, no de los fideicomisos de los romanos, sino del modo de suceder que se observaba en los feudos segun el Derecho de los Francos; derecho que consistia en que el primogénito escluyese á los demás hermanos, siendo su línea preferida á otras.»

Aunque nosotros mismos hemos reconocido la autoridad de este precedente, seria, sin embargo, un error, tener como sinónimas ambas instituciones. Parladorio ha dicho que del feudo al mayorazgo no puede hacerse un argumento, como no sea que entre los dos exista la misma é idéntica razon; y no podia menos de establecer esa tésis despues de haber manifestado que como era distinta la denominacion, era tambien distinta la naturaleza del Mayorazgo. Creemos haber justificado á los autores, en cuanto buscan, la analogía mayor ó menor de esta institucion con otras antiguas, sin que ni á ellos les haya podido ocurrir, ni nosotros digamos que la analogía suponga la identidad. La ley de los parecidos es regla falible. Pasemos á otro punto.

ARTÍCULO 2.°

Reseña histórica de los Mayorazgos.

Parece increible la autoridad de una palabra: algunos equivocan el principio de los mayorazgos, y no es mas que por hacerse esclavos del uso de una frase. ¿Pero quién no vé que los mayorazgos eran anteriores á la cláusula de D. Enrique II? Para decir este hablando de las donaciones: *pero todavia que las hayan por mayorazgo, é finquen á su hijo mayor de cada uno de ellos*, claro es que antes existian. ¿Desde cuándo? Esa es la cuestion: examinando antes que la palabra la idea, es decir, el resultado y no su nombre, parece que hácia la época de la publicacion de las Partidas habia adquirido la propiedad un carácter de perpetuidad é individualidad tan marcado, que no seria anómalo deducir de ese carácter la nocion primera del Mayorazgo.

Recuérdase con tal motivo la ley 44, tít. V, Part. V, dice asi: *En su testamento defendiendo algund ome que su castillo, ó torre, ó casa, ó viña, ó otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender nin enagenar, mostrando alguna razon guisada porque lo defendia, como si dijese: quiero que tal cosa, nombrándola señaladamente, no sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre á mi hijo ó á mi heredero para que sea siempre mas honrado é mas tenido, é si dijese que la non enagenase fasta que fuese de edad el heredero ó fasta que fuese venido al lugar, si fuese ido á otra parte por cualquier destas razones ó por otra que fuese guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si él dijese simplemente que la non vendiesen, non mostrando razon guisada por qué, ó non señalando persona alguna ó cosa cierta porque lo facia, si la vendiese valdria la vendida, maguer él lo hubiese defendido.*

Al leer esta ley se entra en deseo de conocer la glosa, porque no viéndose claro su pensamiento, se presume que esto seria lo primero que esplicase. ¡Ah! trabajo en balde. Gregorio Lopez escribió sus glosas sin abandonar la senda trazada

por sus predecesores. No es esto rebajar su mérito, pero le habria tenido mayor, si en vez de desplegar inmensa erudicion para hacer estériles comparaciones, hubiese discurrido con mas independencia, y analizado y esplicado las leyes con espiritu mas filosófico. Su autoridad, que buscamos siempre, que respetamos siempre, nos serviria hoy para decidir si es tan cierto como afirma Sempere, que sea esta ley el origen de los Mayorazgos. Varios particulares comprende que convienen al Mayorazgo; no viendo mas que el esterior, podria verdaderamente creerse que iba á establecerlos. Como prohibicion de enajenar fija ya el primer requisito de toda vinculacion; la cosa es por otra parte objeto á propósito, pues la ley cita á manera de ejemplo, castillo, torre, ó casa, ó viña; es tambien particular que diga que esa prohibicion haya de hacerse en testamento, el modo mas frecuente de instituir los Mayorazgos; y que añada que esto se verifique porque sea mas honrado é mas tenido; esa mayor preeminencia se iba buscando en los Mayorazgos. ¿Concluiremos en vista de todo, adhiriéndonos al dictámen de Sempere? ¿Cuáles son los antecedentes de esta ley? Para esto ya nos sirve Gregorio Lopez. Esta ley se esplica por otra del Derecho Romano, la 114, Dig. *de Legatis.* En el núm. 14 de esta, que comprende varios casos de fideicomiso, se dice: «Severo y Antonino escribieron que los que prohiben en su testamento enajenar alguna cosa, y no espresan la causa de esa prohibicion, es como si nada hiciesen,» *nisi inveniatur persona, cujus respectu hoc à testatore dispositum est.* Citanse además otras leyes, pero para la cuestion actual esta nos basta. Si la de Partida fuera causa de los Mayorazgos, lo seria la del Digesto, de donde se tomó. ¿Se podrá sostener esa opinion por la semejanza de los fideicomisos? No lo creemos. Cuando se escribió, á buen seguro que los autores no se acordaron de los Mayorazgos; de lo contrario no habrian entrado en la distincion de si se espresó ó no se espresó causa, no se habrian ceñido tanto á la ley romana, lo cual prueba que no fué otra su intencion que copiarla.

Los que suponen á D. Alfonso autor de los Mayorazgos,

desde luego se equivocan, si no hacen una distincion. El Rey Sábio no tuvo mas parte en los mayorazgos que la que pudo tener su padre y tuvieron sus hijos, prodigando mercedes y recompensas. Si hubiera presentido los mayorazgos, ¿habria dejado de consagrarles un título en las Partidas, como dedica otro á los feudos, otro á los Señoríos? ¿Habria dejado de espresar la fórmula de su otorgamiento como describe la de otros actos mas insignificantes? Por esta consideracion, en la que ya repararon Molina y Sancho Llamas, el último de estos autores cree que es fuera de toda duda que los mayorazgos no se conocieron antes de la formacion de la ley de Partidas, y que tuvieron su orígen en la época intermedia de la conclusion de estas y la publicacion del testamento del rey D. Jaime verificada en 1276.

Pero nada se adelanta con negar un supuesto si no se establece otro: buscamos un dato y la negacion no lo es. Si la ley de Partida no los establece, ¿cómo es que desde entonces existen mayorazgos? ¿Cuál fué su orígen? ¿Por qué medios se establecieron en España? La respuesta es fácil: por la costumbre; porque una institucion formada de otra vive con sus leyes, porque para establecer una prohibicion no se necesita mas que el capricho, y véase el gran servicio que hicieron las leyes de Partida, pues al dictar las reglas sobre sucesion á la Corona, acabaron con el desórden y echaron las bases de los mayorazgos regulares. Hé aquí lo que sin temor puede afirmarse hablando de los mayorazgos, cuya historia completaremos dando cuenta de algunas fundaciones.

Semejante historia seria útil y curiosa si tuviésemos tiempo para hacerla, si bastase un artículo para reproducir el contenido de obras y discursos especiales. D. Manuel María Cambronero, autor de un folleto con el título de *Institucion de los Mayorazgos examinada histórica y filosóficamente*, manifiesta haber visto el manuscrito de un libro que con el título de *Bienandanzas y fortunas*, escribió en 1745 Lope García de Salazar, en que entre otras cosas dice: «Un Mayorazgo tiene la casa de Sotomayor del cual se platica comunmente en

este reino de Galicia, que fué su fundador Doña Urenda, mujer del rey D. Pelayo. El mismo autor refiere que D. Sancho tuvo seis hijos, dos varones: el mayor sucedió en el reino, al segundo hizo conde de Marañon, y dióle la villa de Zúñiga con el título de alférez para él y para los primogénitos que de él descendiesen, segun la costumbre de España. A ser ciertas estas noticias, que no lo son completamente, seria necesario hácer remontar el origen de los mayorazgos hasta fines del siglo X.

Sancho Llamas recuerda otros testimonios. Por una carta de D. Antonio Guevara de 12 de Diciembre de 1526 contestando á la pregunta que le hizo el conde de Benavente don Alonso de Pimentel, sobre quiénes fueron los caballeros de la órden de la Banda, deduce que los mayorazgos debieron existir antes del año 1330; pues D. Alonso XI que fué el fundador, espresando las circunstancias de los que podian ingresar en ella, añadió que en esta órden de la Banda no podian entrar los Mayorazgos, sino los hijos segundos ó terceros que no tenian patrimonios, porque la intencion del buen Rey Don Alonso fué honrar á los hijos-dalgo de su córte que poco tenian y poco podian (62). El Padre Mariana, en el cap. II del lib. XVI de la Historia general de España, hablando de la misma órden dice: «no se recibia otrosi en ella los mayorazgos de los caballeros y señores» (63).

La historia ó anales eclesiásticos de Sevilla y seculares formados por D. Diego Ortiz y Zúñiga, nos presenta un testimonio convincente de que á fines del siglo XIII pedian ya los particulares y obtenian de los reyes facultad de fundar y hacer Mayorazgos de sus bienes. D. Sancho el Bravo autorizó en 14 de Diciembre de 1291 á su camarero mayor para que fundase Mayorazgo de todas las cosas de su morada que él há en la ciudad de Sevilla en la Colacion de Santa María la Mayor con la barrera y barrio que las dichas casas tienen, y con todas las franquezas y privilegios de mercedes (71).

D. Fernando IV, con beneplácito de su madre la reina doña María y del infante D. Enrique su tio, por privilegio rodado

de 1296 concedió licencia y facultad á D. Alonso Martinez de Rivera, cuarto nieto del Cid Rodrigo Diaz, para que en su Mayorazgo y bienes que descendian del honrado caballero el Cid, pudiere poner todas las condiciones, añadiendo ó inmutando en su Mayorazgo lo que quisiere ó por bien tuviere (72).

De otras fundaciones habla Sempere, v. gr.: Alonso Fernandez fundó en 1325 el Mayorazgo de Cañete. D. Alonso XI donó á su hijo el infante D. Pedro en el año 1332 el estado de Aguilar de Campo para que lo tuviera por via de Mayorazgo. D. Pedro Ponce de Leon compró al mismo Rey la villa de Bailen en el año de 1349, con facultad de fundar Mayorazgo de ella. En el tiempo del Rey D. Pedro se encuentran noticias de los mayorazgos de Alvar Diaz de Sandoval y D. Juan Alfonso de Benavides. (SEMP. *Vinculos pág.* 275).

Estas noticias se prestan á una reflexion: los Mayorazgos necesariamente deberian ser raros cuando tan pocos se recuerdan, á pesar de las diligencias practicadas para aumentar su número y del error de muchos en no saber distinguir entre Señorío y Mayorazgo, error en el que han incurrido y del que se han hecho cómplices varios abogados por el interés de ciertas casas en traer sus fundaciones desde los tiempos del Rey D. Pelayo. El autor de la Ley Agraria se acreditó de mejor criterio al atribuirles mas moderno origen, pero pecó de parcial, achacando su esceso á las leyes de Toro. Nosotros jamás condenaremos una facultad haciendo á la ley responsable de los caprichos que la bastardean, y eso que bien mirado, ¿dónde está el abuso de los fundadores? ¿cuál fué su culpa? el deseo de conservar fué el orgullo de aquella época. ¡Dios quiera que el prurito de dilapidar no sea la ruina de la nuestra! Aunque se nos tache de escrupulosos, nos ofenderá poco esa censura si incurrimos en ella, por no consentir, por no aprobar la que se hace de esas leyes. Las de Toro se publicaron con el recto y necesario fin de regularizar una institucion buena ó mala, pero desde luego mas poderosa que el legislador, porque la opinion verdadera y no injusta es mas poderosa que la ley. La historia de los mayorazgos es la de todas

las instituciones; se sostienen y fortifican mas que por el espíritu de las leyes por el favor de las costumbres: cuando estas les han sido contrarias, se ha observado una marcada tendencia á la restriccion. No se necesita ser gran conocedor de la historia para ver que guardan relacion con el espíritu de la época de Cárlos III, los medios empleados por sus Ministros para contener las vinculaciones. La penuria de la Nacion, y tampoco diremos las causas, esplica el pensamiento desvinculador de algunas disposiciones de Cárlos IV. Pero sobre todo las ideas habian sufrido tal trasformacion que no podia casi esperarse de nuestro siglo otra cosa que lo que ha hecho; se poda y cultiva un árbol que se desea conservar, grande y frondoso habia llegado á ser el de los mayorazgos, pero el legislador creyó su sombra perniciosa y le aplicó el hacha.

Artículo 3.°

Fundacion y agregacion de los Mayorazgos.

Vamos á decir cuatro palabras acerca de estos actos, que no porque hoy se hallen prohibidos dejan de tener importancia para conocer el origen y valor de antiguas vinculaciones.

Y lo primero es manifestar que esta como toda otra disposicion de bienes exije capacidad; por lo cual solo podrán hacerla los que la tengan para contratar y testar. La mujer casada podia fundar Mayorazgo por testamento y última voluntad sin licencia de su marido, vinculando el tercio y el remanente del quinto de sus bienes entre sus descendientes legítimos por vía de mejora y con real permiso, hasta donde este se estendiera. Por contrato entre vivos debia intervenir dicha licencia, á menos que la real facultad dejase sin efecto las leyes de Toro concernientes á su capacidad, en cuyo caso podria fundarlo sin licencia ni concurrencia marital.

El hijo de familia capaz de testamentifaccion podia asimismo fundar Mayorazgo, por última voluntad, de la tercera parte de sus bienes, sin licencia de sus ascendientes. Mieres,

añade, y aun en perjuicio de la legítima de estos, «si obtenia facultad Real.» El autor no encuentra injusta dicha facultad: *dunmodo patri reserventur alimenta necessaria, si aliunde non habeat*; pero no vemos texto espreso que lo permita, y con dificultad se causaria á los ascendientes un perjuicio que exigia la derogacion terminante de una ley *(Véase* MOLINA, *cap. IX, lib. II)*.

Podrian igualmente fundarle los Comisarios en tanto que no se escedieran de su poder, sobre cuyo punto, que ha dado lugar á varias cuestiones, podria consultarse en su caso á Rojas Almansa, que las examina con latitud, y su resúmen hecho por Febrero en el núm. 23, § 1.°, cap. VIII. Nosotros nos abstenemos de entrar en esta materia, por considerar que hay otras que merecen mayor atencion.

La fundacion se podia hacer con y sin real licencia; algo diremos acerca de este punto examinando la ley verdaderamente práctica de los modos de probar los mayorazgos, y aunque esa ley acredita que la institucion podia admitir ciertas formalidades, no era de rigor que las reuniese. Asi se vé la vaguedad con que se producen los autores, los cálculos y suposiciones que establecen en materia de institucion, si se necesitaba ó no escritura pública, si debia preceder ó no la real licencia. De todos estos puntos tratan con tanta latitud, que seria imposible seguirlos.

Molina al ocuparse de esta materia en el cap. XVII del libro II, dice que procurará evitar los dos estremos: el laconismo, que produce oscuridad; y la superfluidad, que produce confusion. Covarrubias y Menchaca, segun él, habian incurrido en el primer defecto, pues se limitan á indicar lo que el fundador ha de tener presente para establecer un vínculo y no causar irregularidad, hecho lo cual, no debe pedírsele otra cosa. Pero nosotros no creemos que él se libre del defecto opuesto, porque sin salir de la forma, despues de haber hablado de la institucion *in genere*, encuentra materia para un largo capítulo, en el que presenta y analiza el modelo de una escritura de Mayorazgo fundado con licencia real.

Mas necesario seria determinar los bienes que pueden ser

objeto de fundacion; á esta vasta y delicada cuestion consagra Molina otro estenso capítulo de ochenta y cinco números, el 10.° del lib. II: pero el 1.° y 2.° son los principales. En varias provincias fuera de España el derecho de primogenitura suele formarse tanto de bienes muebles como de inmuebles: *tam ex bonis mobilibus quam inmobilibus constare soleat;* esto aun por la razon de que el hijo primogénito suele ser preferido á los demás en la sucesion de los bienes libres y vinculados, pero por derecho de Castilla: *illud antiquissima consuetudine observatum est ut ex bonis inmobilibus non autem ex rebus mobilibus instituantur.* Por cuya razon añade en el núm. 4.°: no han solido formarse con dinero ó cosas muebles, sino á condicion de emplear el dinero en comprar réditos, predios ó cosas inmuebles, y vender los bienes muebles para con su precio adquirir cosas inmuebles. De piedras y cosas preciosas de oro y plata, armas antiguas de gran valor, han solido tambien fundarse imponiendo al primogénito la obligacion de no enajenarlas, para que se conserven como blason de antigua nobleza. En testamento ha podido tambien constituirse de todos los bienes presentes y futuros, mas no por contráto pues equivaldria á la donacion de un mayorazgo, cuya donacion dice en el núm. 11: aunque fuese jurada, no valdria. Pero como antes hemos dicho, es imposible seguir á tan profundo escritor.

Agregacion.—Bien puede decirse que el que con mas estension ha tratado de ella ha sido Juan del Aguila, completando la obra de su pariente Rojas y de otros escritores. Le reproduce en pocos términos Febrero: de ambos escritores nos valdremos en lo poco que nos proponemos decir acerca de esta materia.

No hay ley alguna en nuestros códigos que espresamente hable de la agregacion, incorporacion y union de los Mayorazgos; por lo que los autores se han guiado por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos, fundándose en que cuando no hay un caso espreso en la ley los jueces han de proceder segun su recto criterio, y por analogía.

La agregacion puede hacerse de tres maneras: 1.ª, por incorporacion ó union de un mayorazgo con otro, y entonces se juzga uno solo y una misma disposicion; 2.ª, de un modo accesorio, en cuyo caso los bienes que se le agregan, siguen la naturaleza de los de la fundacion principal y se estiman como incluidos en ella; y 3.ª, igual y principalmente, y entonces el mayorazgo unido retiene su propia naturaleza, y permanece en su primitivo estado. Es doctrina de Rojas, Part. 4.ª, cap. V, núm. 34 al 39. Puede ser perpétua ó temporal, estenderse á ciertas líneas con esclusion de otras, hacerse bajo condiciones compatibles ó incompatibles á la fundacion, y sobre todo verificarse por tres títulos que son los mismos que el derecho reconoce en accesiones ó agregaciones de otra especie, á saber: 1.° la ley: aumentándose por aluvion una tierra amayorazgada, el aumento sigue la condicion de la tierra que el Mayorazgo posee como tal, y no como libre. Es la razon que, contestando sobre este punto, alega Rojas de Almansa, Disp. 1.ª, Cuest. XI, números 59 y 60, donde cita otros autores; 2.° la costumbre: cuando la hay de que una cosa se tenga y posea como parte de otra: como si uno compra dos heredades contiguas, las posee, cultiva y arrienda como una, titulándolas con un nombre: aquí se ha verificado una agregacion que podria concurrir en el Mayorazgo; 3.°, el hombre: cuya agregacion puede ser voluntaria, ó necesaria y coactiva. Voluntaria es cuando el fundador ú otro cualquiera la hace de su libre y espontánea voluntad; y necesaria cuando el fundador manda á alguno ó todos los sucesores que la hagan. De los dos primeros títulos poco hablan los autores, el último es el que les ofrece no pocas dificultades.

La agregacion hecha voluntariamente como solian hacerse muchas, solo por objeto de acrecentar el lustre de la familia, no debe ni puede alterar las condiciones y reglas de la primera, pues como accesoria debe conservar su naturaleza, modo, cualidades y llamamientos; pues si los altera será mas que una simple agregacion, una fundacion diversa. La agregacion necesaria puede participar de los caprichos del que la manda

hacer; de aquí la gran dificultad para estimar el valor de ciertos mandatos para consentir ciertas obligaciones. El fundador puede mandar al primer llamado que agregue al Mayorazgo algun fundo, y tiene que agregarlo, aunque el fundo sea ajeno, en cuyo caso los autores hacen valer la teoría del legado de cosa ajena. Supónese igualmente que puede imponer á todos los poseedores, ó alguno de ellos, el gravámen y la obligacion de agregar al Mayorazgo sus legítimas, ó el tercio ó quinto, ó ambas cosas, ó que de las rentas de tantos años, compren hasta en cierta cantidad fincas raices, y las incorporen á él; pues si con estas condiciones el poseedor acepta el Mayorazgo, es prueba que las admite y debe de cumplirlas. Alfonso del Aguila inserta en el cap. VII, parte 1.ª de sus *Adiciones*, la cláusula relativa á este punto, que con efecto se halla en algunas escrituras, y prueba por varias autoridades que es lícito este gravámen. A nosotros se nos ocurre observar que todas las autoridades juntas no valen lo que una ley, y ella es la que ha establecido las legítimas. Debemos entender su doctrina con esta limitacion que el mismo autor no olvida en los siguientes números.

Las pruebas de la agregacion deben ser las mismas que las de la existencia de un Mayorazgo; por manera, que acreditado aquel estremo, los bienes agregados constituyen parte de la cosa á que se agregan, y por consiguiente su órden, modo y forma: se sucede en ellos como en los mayorazgos: son iguales las reglas para su obtencion ó recuperacion, y como por lo regular cuando se litiga sobre una vinculacion se añade la frase, sus unidos y agregados, hé aquí la razon de que vayan comprendidos en la misma sentencia.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 14 de Noviembre de 1846, que la fundacion es ley en materia de Mayorazgos.

Por otra de 26 de Junio de 1852: Que cuando en negocios de Mayorazgo la sentencia que se diere es contraria á la fundacion, debe considerarse nula.

Por otra de 5 de Diciembre de 1856: Que para que sea

declarada nula la fundacion de un Mayorazgo, es preciso un juicio y demanda especial, sin que pueda tener resultado eficaz tratarse cuestion de tanta gravedad y trascendencia á virtud de alegaciones incidentales.

Por otra de 7 de Marzo de 1859: 1.° Que el fundador de un Mayorazgo es el que lo constituye aunque sea bajo ciertas condiciones: 2.° Que las disposiciones legales posteriores á la fundacion, aunque sean anteriores al cumplimiento de la condicion, no afectan á aquella en lo que se refiere á la institucion.

Artículo 4.°

Efecto de las condiciones en los Mayorazgos.

Debemos reducir á las menos palabras esta materia difusamente tratada en otras obras. El Mayorazgo admite condiciones honestas; falta determinar en el crecidísimo número que ha inventado la caprichosa voluntad de los fundadores, cuáles merecen este concepto, cuáles son sus efectos.

Una de las mas usuales ha sido la de que el sucesor haya de llevar el nombre y las armas: esta condicion es posible por naturaleza y por derecho. Rojas cree que podria sostenerse aunque se añadiera á un Mayorazgo fundado con el tercio y quinto de los bienes, á menos que por ella resultase incompatibilidad que hiciese pasar el Mayorazgo á otra persona: si así fuera habria que rechazarla, porque el tercio de los bienes es legítima de los hijos, y no valdria, aunque potestativa, una condicion que hubiera de ceder en su perjuicio *(Parte 1.ª, capítulo 1, núms.* 53 *y siguientes).*

Otras condiciones tienen por objeto limitar la eleccion de personas para contraer matrimonio: y decimos limitar, porque seria insostenible la que envolviese una verdadera prohibicion. Referimos al primer caso la condicion que suele ponerse en los Mayorazgos, de que los sucesores no contraigan matrimonio con personas de otro culto, ó que desciendan de judíos, moros ó herejes, ó con personas de sangre impura ó innobles. Rojas

en el núm. 10, cap. III, parte 3.ª, cita el nombre de escritores respetables que tienen por lícita semejante condicion, alegando que por ella no se priva al poseedor del Mayorazgo de la facultad de contraer matrimonio, sino que solo se le limita para que le contraiga con persona digna que llene las nobles aspiraciones del fundador. Con razon, pues, añaden los autores, y repite Rojas, se afirma que el sucesor, ó ha de obedecer á esta condicion, ó ha de renunciar por pena al mayorazgo que la exige. Nos limitamos á fijar la regla, ya que ni el tiempo ni el espació consentirian que recordásemos las ampliaciones y limitaciones que prestan al citado autor materia para los siguientes números.

Pueden haberse puesto condiciones llamadas en derecho perplejas y contradictorias. De ellas trata Rojas en la parte 1.ª, cap. X, cuya doctrina reproduciremos en brevísimo estracto. Semejantes condiciones admiten distinto criterio segun los casos: es la perplejidad cierto término que hace nulo el acto por necesidad, como cuando se juntan dos disposiciones incompatibles que una á otra se destruyen; en este caso la dificultad consistiria en saber si se habria de prescindir de ellas ó dividir el Mayorazgo para hacerlas compatibles. Este punto pudiera ser orígen de cuestiones: el modo de evitarlas es considerar nulas, de ningun valor ni efecto las condiciones, que ni se pueden concordar ni salvar, siguiéndose en todo la regla que es de ley para la sucesion de los Mayorazgos regulares.

Conviene, por supuesto, no confundir las condiciones diversas ó distintas con las perplejas: para cumplir las primeras, sobre que es posible, hay que atenerse al contenido del escrito, ver como se modifican las cláusulas, y resolver por la última ó con arreglo á los buenos principios de interpretacion.

Hace todavía mas difícil este punto el determinar la estension de ciertas condiciones. De esa materia tampoco podríamos ocuparnos con la estension de otros autores, señaladamente Rojas en la parte 4.ª, cap. II de su obra de incompatibilidad. Cuando citamos estas autoridades no queremos atribuirles mas valor que les corresponde; hay mucho de arbitrario y

problemático en las conclusiones que asientan como fundamentales, sin mas apoyo que su criterio ó el dicho de otros comentaristas: *en cuya palabra juran*. Nosotros ponemos por principio que la condicion ó el gravámen impuesto al instituido, no se estiende al sustituto si espresamente no se dispone que la condicion que recae sobre una persona no debe estenderse arbitrariamente á otras. Y lo decimos de intento, cerrando el camino á las presunciones, huyendo el peligro que hay siempre de sobreponer la propia voluntad á la del fundador por la funesta manía de interpretarla y completarla. Para casos concretos el criterio seguro es el de los principios, ilustrado con la accion de tiempos, costumbres y circunstancias.

En materia de condiciones es por último indispensable recordar todo cuanto el derecho previene en órden á las afirmativas y negativas. Las últimas no se cumplen sino por reduccion á lo imposible: *per reductionem ad imposibile;* el llamado con esta condicion no sucederá en el Mayorazgo hasta que fijamente se conozca que la condicion afirmativa no puede tener cumplimiento; así es que si uno fuese llamado para el caso en que *el instituido no tuviese hijos*, la condicion no se verifica hasta que llegue la imposibilidad de tener hijos, por consiguiente hasta la muerte, pues hasta entonces dura la esperanza. La condicion negativa limitada á cierto tiempo, no puede estenderse á otro distinto.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 28 de Febrero de 1860: 1.°, que no debe suponerse repetida para todos los sucesores en un Mayorazgo, la condicion impuesta por el fundador á los primeros llamados á la sucesion, de casarse á voluntad de su padre y de los deudos de su casa; 2.°, que la Pragmática de 23 de Marzo de 1776 no concedió á los padres una facultad omnímoda y absoluta, que pudiera estenderse hasta despues de su muerte, sino que reservó á otras personas el derecho de sustituirlos en la concesion del consentimiento para los matrimonios de los hijos, y que la privacion impuesta á los poseedores de Mayorazgos y las demás penas en aquella establecidas, solo podrán tener lugar cuando se

contraiga el matrimonio sin el consentimiento de las personas en dicha Pragmática designadas.

Articulo 5.°

Definicion juridica del Mayorazgo.

Antes de proceder al exámen de las leyes sobre Mayorazgos, convendrá para su mejor inteligencia fijar algunos preliminares. Esta es una materia regida principalmente por la costumbre, cuyas mas graves cuestiones se deciden, no por la ley, sino por la jurisprudencia. El tít. XVII, lib. X de la Novísima, es nada en comparacion de la doctrina que los grandes mayorazguistas han reunido deduciéndola de la interpretacion, y conservándola por práctica. O padeceríamos muchas omisiones, ó faltaríamos contra las reglas de esposicion, si nos ciñéramos estrictamente al comentario de la ley. Principiemos por la definicion: púsose siempre grande esmero en definir esta palabra, lo cual no es estraño, porque si la definicion es buena ha de reunir cómo en un principio toda la doctrina; véamos si así sucede en este caso. La palabra Mayorazgo es genérica, se aplica al poseedor de un vínculo; comprende las cosas, objeto de la fundacion, y se toma por el derecho de suceder en esas mismas cosas. La primera de estas acepciones no nos importa: lo esencial es comprender bajo una fórmula las dos restantes. Eso ha procurado hacer Molina en el núm. 22, cap. I, lib. I, de su obra de *Hispan. Primogeniis*, cuando para dar una exacta idea del Mayorazgo, le define: *Majoratus est jus succedendi in bonis, ea lege relictis, ut in familia integra perpetuo conserventur proximoque cuique primogenito ordine succesivo deferantur:* derecho de suceder en los bienes dejados bajo condicion de que se conserven perpétuamente íntegros en la familia, y que se defieran por órden sucesivo al primogénito próximo. El estado actual de los mayorazgos señala un límite preciso á nuestras observaciones: hoy no debemos emprender el trabajo que habríamos hecho en otra época. No continuamos el análisis

que hace de su definicion el mismo Molina: no seguimos los razonamientos presentados por Sancho Llamas para defenderla contra las impugnaciones del Obispo Simancas; pues no podemos perder de vista, que semejante institucion pertenece á la historia. Está definido el Mayorazgo, y eso nos basta. Las pocas reflexiones que presentemos serán de otro género: tienen por objeto conciliar este autor con otros, esplicar esta definicion por otras.

¿El Mayorazgo es género ó especie? Molina le llama derecho de suceder en bienes dejados bajo condicion de que se conserven perpétuamente integros en la familia: bienes sujetos á ese gravámen son bienes vinculados: luego el Mayorazgo es una especie en la vinculacion; entendiéndose por esta el acto ó disposicion que saca de la circulacion libre ciertas propiedades para ligarlas á una sucesion fija y en beneficio de una descendencia. Esta distincion aleja el peligro de que se confundan todas las especies vinculares: por el art. 1.° de la ley de Desvinculacion, se declaran suprimidos todos los Mayorazgos, patronatos, fideicomisos, y cualquiera otra especie de vinculaciones: necesario fué enumerar esos actos que tienen entre sí alguna diferencia, aunque en la idea capital todos convienen, porque son formas especiales de vinculacion.

El Mayorazgo, añade Molina, se defiere por órden sucesivo al primogénito próximo. Esa debe ser la regla, pero son tantas las escepciones, que tambien bajo este aspecto seria preferible una fórmula que comprendiese todas las especies de mayorazgo, lo mismo los regulares que los irregulares. Contraigamos los términos y se verá que el Mayorazgo es una vinculacion civil y perpétua, en que se sucede por el órden de la fundacion, ó en su defecto por el que establece la ley de Partida para la sucesion de la Corona.

Artículo 6.º

De los Mayorazgos regulares.

Los derechos del mayorazguista provienen de la fundacion, pero el órden de suceder no es el mismo, porque el fundador puede conformarse á la ley de sucesion en la corona y entonces es regular; puede apartarse de ella y entonces es irregular.

Los dos medios eran posibles porque los dos eran legales. Examinemos lo que el derecho dispone en cuanto á los mayorazgos regulares.

D. Alfonso, que consideró la primogenitura como título de preeminencia sobre los demás hermanos, fundó sobre ella el principio de sucesion á la corona de los reinos por su ley antes citada 2.ª, tít. XV, Part. II.

De dos maneras puede mirarse esta ley; bajo el aspecto político, en cuanto determina la forma de sucesion de la corona: bajo el aspecto privado, en cuanto da la clave que de ordinario rige en los mayorazgos. El primer concepto no es asunto que directamente nos pertenece. La sucesion del reino pasó en España por varias vicisitudes. Hállanse ejemplos en la historia de haber sido la corona electiva, de haberse hecho hereditaria y aun de haberse dividido sus estados entre varios hijos. Pero San Fernando tuvo varios hijos varones, y sin embargo quiso que su primogénito D. Alonso, con esclusion de los demás, sucediese en la corona, á la que agregó los reinos de Córdoba y Sevilla que habia conquistado. Esta disposicion del Santo Rey, dice Sancho Llamas, unida á la constante esperiencia de los males que se originaban de la division del reino entre los hijos, fué la causa que impelió al rey D. Alonso el Sábio su hijo á establecer la referida ley, en la cual dispuso por regla fundamental de la sucesion al trono, que el Señorío del reino lo tuviese el hijo mayor solo despues de la muerte de su padre. Mas todavia: no solo declaró individua ó indivisible la sucesion del reino, sino que prefirió el primogénito á sus

hermanos, y aun ordenó que el varon fuese preferido á la hembra y que esta tuviera preferencia á los parientes de otra linea (50, 51 y 52).

Bajo el aspecto del Derecho Civil, la ley entra mas principalmente en nuestros dominios, y así vamos á examinarla. Molina dice que el reino es cabeza de todos los primogénitos de España, como verdadero Mayorazgo de donde derivan todos los de los particulares: *ab eo cætera primogenia tanquam á capite derivari succedendique rationem accipere;* de modo, añade, que si sobre el órden de suceder se promoviese litigio, deberia decidirse segun las leyes instituidas para la sucesion del reino (núm. 16, cap. II, lib. I). Siendo esa ley el origen, ella debe ser la regla de los mayorazgos, por manera que son válidas las deducciones que se hagan de un caso para otro.

Del principio adoptado por la ley infiere que el Mayorazgo regular es aquel á cuya sucesion se nombra primero al hijo mayor y á sus legítimos descendientes, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varon á la hembra, y despues á los demás por el mismo órden, guardándose entre ellos la prelacion atendida la línea, el grado, el sexo y la edad: sucediendo lo propio en los trasversales, porque el instituyente no exije condicion alguna en el primer llamado ni en los que le siguen.

Pero ha ocurrido con frecuencia que conservando el pensamiento de la ley, se han empleado fórmulas diversas para espresarle. Decir cual sea la mas propia, careceria de objeto estando prohibido fundar mayorazgos, pero pueden ofrecer dudas algunos de los que existen, y eso nos pone en la necesidad de seguir á Febrero, que como gran práctico recogió estas reglas formuladas por Rojas de Almasa (*Disp.* 1°, *cuest.* 1.ª, *número* 5 *al* 64).

Son regulares los Mayorazgos:

1.ª Cuando la cláusula de su fundacion está concebida en estos términos: «Constituye Mayorazgo de tales bienes, ó lego á mi hijo primogénito tales bienes para que los tenga y posea á título de Mayorazgo.

2.ª Cuando el fundador dice: «instituyo Mayorazgo en fa-

vor de Fulano, y despues de él suceden sus hijos y descendientes prefiriendo el mayor al menor y el varon á la hembra.»

3.ª Si está fundado en favor de un hijo consanguíneo, mandando que despues de sus dias se suceda en él por línea ó de línea en línea.

4.ª Cuando el fundador llama para obtener el Mayorazgo á algun varon, y manda que despues de este sucedan todos sus hijos y descendientes por línea recta.

5.ª Cuando el fundador dice: «Mando que en este Mayorazgo se suceda por línea recta, ó constituyo Mayorazgo á favor de mis hijos y descendientes por línea recta.»

6.ª Cuando el fundador por carecer de hijos quiere que al llamado por él sucedan despues sus parientes por línea recta.

7.ª Cuando, aunque llame primero á su sucesion á algunos varones, manda que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido ó los que fueren de su familia, ó dice que lo funda para la conservacion de su linaje, ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia é parentela; y en estos tres últimos casos se comprenden así los parientes paternos como los maternos del fundador; pero si dice que llama á sus consanguíneos de parte de padre ó por línea paterna, no se incluyen los de la materna.

8.ª Cuando dice que sucedan en el Mayorazgo su hijo Fulano y despues su primogénito varon y los demás descendientes suyos varones.

9.ª Si llamó á su hijo varon, y mandó que despues de él sucediese el hijo legítimo heredero de este.

10. Cuando el fundador tiene tres hijos ó mas varones, y manda que el mayor suceda en el Mayorazgo, despues el segundo y luego el tercero; en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor se han de acabar primero que entren las del segundo, y las de este antes que las del tercero.

11. Cuando hizo muchos llamamientos de varones y entre estos de alguna hembra ó hembras, existiendo algunos otros varones agnados ó cognados que podia nombrar y no nombró.

12. Cuando la hembra funda el Mayorazgo; pues aunque llame á muchos varones no es visto haber querido escluir á las hembras con perjuicio de su propio sexo.

13. Si llamó á algun hijo, sobrino ó consanguíneo varon, y al hijo, nieto y biznieto varones de cualquiera de aquellos y mandó que así sucediesen todos sus consanguíneos, con el gravámen de llevar el nombre y apellido suyo y aun sus armas é insignias.

14. Cuando al principio hizo fundacion de agnacion rigorosa, y para el caso de que faltasen los agnados, llamó despues generalmente á todos sus consanguineos, ó indefinidamente á su pariente mas cercano; pues fenecidos los agnados espresamente llamados, cesa la agnacion y el Mayorazgo empieza á ser regular.

15. Cuando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí, acerca de si el Mayorazgo es regular, agnaticio ó de masculinidad; pues en caso de duda se ha de tener por regular.

16. Cuando el fundador instituye Mayorazgo y llama á ciertos agnados y despues de concluidos estos de nadie hace mencion; pues faltando los llamamientos del hombre entran los de la ley.

17. Cuando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular desde su fundacion en el Mayorazgo, cuya escritura no se encuentra, pues á falta de ella se ha de estar á la costumbre de suceder y al modo prescrito por la ley.

Artículo 7.º

De los Mayorazgos irregulares.

Estos Mayorazgos se rigen segun la voluntad del fundador, aunque están apoyados por la ley, que en términos mas ó menos espresos la respeta, como veremos al examinar la última parte de la 40 de Toro.

Como la designacion de personas admite tantas combina-

ciones, no es estraño que hayan resultado las varias especies conocidas de Mayorazgos irregulares. Debemos enumerarlas, porque como el regular tiene sus reglas, así cada uno de estos sigue las suyas, que deben aplicarse en cada sucesion.

Agnacion rigorosa.—Los mayorazguistas representan por esta palabra el parentesco que procede de varon en varon; es pues el Mayorazgo de este nombre aquel á cuya obtencion son llamados los varones de varones, escluyendo perpétua y espresamente á las hembras y á sus descendientes aunque sean varones. Como se vé es Mayorazgo de cualidad, y las cláusulas por las que se distingue de los demás son las siguientes:

1.ª «Cuando el fundador llama precisamente á su goce á los varones de varones, con esclusion espresa y perpétua de las hembras y de sus descendientes.» Aquí no cabe duda: es la única manera de conservar la cualidad agnaticia característica del Mayorazgo.

2.ª «Cuando dice espresamente que funda Mayorazgo agnaticio perpétuo para sus consanguíneos, ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion.» Las palabras como las monedas tienen valor convenido y son de uso corriente; aunque el fundador limitase su pensamiento á esta cláusula, ¿que significaria fundar un Mayorazgo agnaticio? Conservar los bienes de él en su agnacion.

3.ª «Si llama á alguno ó algunos de sus hijos, y si no los tiene á sus sobrinos varones agnados.» Dos medios hay entonces de interpretar la voluntad del instituyente: la designacion nominal de los hijos, y en defecto de estos, sobrinos varones y agnados.

4.ª «Siempre que llamando á los agnados escluya espresamente á las hembras, mandando pasar el Mayorazgo en defecto de descendientes varones á los agnados trasversales.» No hay presuncion mas clara de que se va buscando el apellido, que escluir espresamente las hembras, llamar descendientes varones y agnados trasversales.

5.ª «Cuando impone obligacion á la hembra de casar con un agnado, privándola si no del Mayorazgo, y mandando que

pase este á otra con la misma obligacion, y si no fuere cumplida que pase al varon agnado mas cercano.» Febrero primitivo representa este caso suponiendo que el fundador hubiese llamado primero á un sobrino suyo agnado y á todos los hijos varones aguados de él, cree que este Mayorazgo conservaria la forma agnaticia si dijese que en el caso de morir el sobrino sin hijo varon y con hijas, que suceda la hija mayor, quedando obligada á casarse, y casándose precisamente con varon agnado del fundador, y si al tiempo de la vacante estuviere casada con varon no agnado, pase la sucesion á la hija segunda no casada con la própia obligacion; y no casándose asi pase al varon agnado mas cercano del fundador, y que asi se proceda en todas las sucesiones posteriores. En medio de lo estraordinario de esta cláusula, lo que en ella prevalece es la agnacion, cuyo requisito se suple imponiendo á la mujer la obligacion de casarse con un agnado.

6.ª «Cuando faltando la escritura de fundacion suceden por costumbre los agnados.» Esta es la razon inversa del caso 16 del artículo anterior; allí la presuncion estaba en favor de la ley, aquí está en favor de la costumbre.

Agnacion artificiosa ó fingida.—Solo se diferencia del anterior en el primer llamamiento que puede recaer en un estraño, en un cognado, ó en una hembra. El fundador que no tenia hijos varones acudia á este medio para fingirse cierta especie de agnacion, y lo conseguia disponiendo que despues del primer llamado, que podria ser hasta una mujer, solo sucediesen varones de varones.

De masculinidad pura.—Asi se llama el Mayorazgo en que solo son admitidos los consanguíneos del fundador, sean agnados ó cognados, y procedan de varones ó de hembras; pudiera creerse que es como el agnaticio, en cuanto llama á los varones, pero es muy diferente de él, porque no se exige como en este que procedan de varon, sino que es igual que sean varones por parte de hembra.

El Mayorazgo se considera de masculinidad en los siguientes casos:

1.° «Si el fundador llama á algun varon y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y descendientes varones, porque quiere que el Mayorazgo sea para estos y no para hembras.» Está marcado el carácter de masculinidad: para agnaticio le falta hacer espresion de esta circunstancia; para regular le sobra la esclusion de las hembras.

2.° «Cuando habiendo llamado alguno ó algunos varones, manda que no sucedan hembras mientras haya alguno de aquellos.» Cúmplese aquí la principal cualidad de este Mayorazgo, que consiste en el sexo.

3.° «Siempre que el fundador escluye á las hijas de los poseedores y quiere que el Mayorazgo pase al varon mas inmediato.» No puede haber razon mas segura de que antepone al grado el sexo.

4.° «Cuando habiendo llamado algunos varones manda que su Mayorazgo pase siempre de un varon á otro varon.» El primer llamamiento fué la regla, los siguientes la confirmacion.

5.° «Cuando el fundador que no tiene agnados, hace muchos grados de sustituciones en los varones sin hacer espresion de las hembras.» En este caso, que se descompone y resuelve en varios llamamientos, las cláusulas alejan toda equivocacion. Tenia que ser de masculinidad un Mayorazgo cuyo fundador llamase por ejemplo, primero á su hijo ó consanguineo primogénito varon, disponiendo en seguida que si falleciere sin hijos varones, pase la sucesion al hijo varon segundogénito del fundador, omitiendo las hijas dèl primogénito; que si el segundo muriese sin hijos, pase á su tercergénito hijo varon, etc.

6.° «Cuando teniendo agnados y cognados llama primeramente á varones de estos, alternando siempre entre unos y otros y sus hijos y descendientes varones.» Porque entonces se dá á entender que no es preferida la cualidad agnaticia, aunque sí se requiere la masculinidad.

7.° «Cuando el fundador impone al poseedor alguna obligacion que no puede ser desempeñada por mujeres.» El Ma-

yorazgo es institucion perpétua, luego ó deja de subsistir ó es necesario desempeñar una obligacion impropia de mujeres; eso virtualmente lleva consigo carácter de masculinidad.

8.° «En el caso de que fundado un Mayorazgo de agnacion rigorosa quisiese el fundador que concluidos los agnados sucediesen los demás varones consanguíneos suyos, pues entonces el Mayorazgo pasa á ser de pura masculinidad.» Esto se comprende: ha perdido una cualidad con la agnacion, pero conserva la otra, que proviene del llamamiento subsidiario de los consanguíneos varones; para ello se supone que hizo caso omiso de las hembras.

En los anteriores casos quedan refundidos todos los del primitivo Febrero, por lo cual omitimos su exámen.

Mayorazgo de femineidad.—Como indica su nombre es lo contrario de los anteriores; pero debe advertirse que la femineidad puede ser propia é impropia. En el primero escluye el fundador de la sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que lo posean siempre las hembras de su familia. Este Mayorazgo se llama de contraria agnacion, si se prohibe que puedan obtenerlo las hembras de varones; y de contraria masculinidad, si se manda que lo posea siempre hembra, pero no limita el que sea hembra de hembra ó hembra de varon. En el segundo solo son escluidos los varones en el caso de que el poseedor tuviera hijas. Asi, por ejemplo, será de femineidad impropia un Mayorazgo si el instituyente lo funda en hembras y manda que teniendo varones y hembras el poseedor, sucedan estas en él y no los varones; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon, y despues de sus dias la hembra mayor; de modo que habiendo hembras y varones han de preferir siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas pueda obtenerlo varon, sin que por falta de ellas pase á otra linea.

Mayorazgo electivo.—Es aquel en que el último poseedor tiene facultad para designar la persona que ha de sucederle con tal que la designacion se haga en un pariente del fundador. Los caprichos de los mayorazguistas van siendo ya tan-

tos, que no sin motivo se entretiene Febrero en buscar la razon filosófica de este Mayorazgo; mas ya que se le asigne por objeto procurar que los sucesores sean mas humildes, obedientes á su padre, lo regular es poner alguna cortapisa á dicha facultad, pues siendo completamente discrecional, podria abusarse de ella. Así ha sucedido efectivamente: los autores establecen algunas reglas que fijan un límite á esta eleccion, á saber:

1.ª Que la facultad del poseedor se limita precisamente á los consanguíneos, y teniendo hijos á estos, á menos que el fundador diga lo contrario. Como consecuencia de esta regla se tendria por elegido el primogénito del poseedor, en caso que este no hiciera la eleccion.

2.ª El elector no debe escederse de las facultades concedidas por el fundador, y si se escediese será nula la eleccion.

3.ª La facultad de elegir sucesor del Mayorazgo es personal, no puede ser cedida ni delegada ni trasmitida á los herederos.

Ultimamente, si habia de cumplirse la circunstancia característica de este Mayorazgo, preciso era que esa facultad no se limitara á un solo poseedor, sino que se continuase en todos los demás.

Mayorazgo alternativo.—Es aquel á cuya sucesion llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, y despues de ellos al segundogénito por los suyos, y así sucesivamente alternando un hijo de la línea del primero y otro de la segunda, ó á falta de este con otro de la del tercero: de naturaleza alterna es tambien aquel á cuyo goce llama el fundador á uno de una línea á fin de que lo posea durante sus dias, y despues, á otro de otra ó á otros de otras, y estinguidas estas, retrocede, si no hay mas líneas, y manda que entre los que existan se alterne siempre por este órden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el órden del llamamiento hasta que no quede mas que una.

Mayorazgo saltuario ó de hecho.—Es aquel en el que se atien-

de solo á la mayor edad ó alguna otra circunstancia de preferencia, y no á la razon de primogenitura ni á la línea del primogénito. De este Mayorazgo dice Febrero, que es muy perjudicial, pues como al ocurrir la vacante todos pretenden hallarse en las circunstancias de la fundacion, es un semillero de pleitos. Llámase saltuario porque su sucesion no se deriva por líneas, sino que va saltando de una línea en otra, y porque se desvia enteramente de todas las reglas que rigen en los demás: y se llama saltuario de hecho, porque solo se busca el hecho en que el fundador quiso que estribase la preferencia, de modo que no tiene lugar el derecho de representacion ni la regla que rige para las sucesiones intestadas.

El *Mayorazgo de segundogenitura* es de dos maneras: propia é impropia. El primero es aquel á cuya obtencion son llamados espresa y perpétuamente en el órden sucesivo los hijos del segundogénito, de tal suerte, que muerto el poseedor, pasa siempre la sucesion, no á su hijo primogénito, sino al segundo y así en todos tiempos y vacantes, con arreglo á estos principios, si aconteciera que por muerte del primogénito el segundo hubiera de ocupar su lugar, ya no obtendrá el Mayorazgo sino que pasará á otro, y si no lo hay, á otra línea de la del último poseedor. El de segundogenitura impropia es aquel que al principio fué erigido en el hijo segundo, porque el primogénito tenia ó esperaba tener prontamente otro ú otros; pero despues del primer llamado lo fueron por el órden regular los demás hijos y descendientes suyos, de modo que solo en él se verificó la segundogenitura.

Podria tambien referirse á esta última clase aquel para el cual son llamados los segundogénitos, pero sin ser escluidos los primogénitos siendo hijos únicos. Y tambien los que solo pueden dejar de poseer los primogénitos en el único caso de obtener otros mayorazgos, y si fuesen únicos pasan al segundo de otra linea.

Mayorazgo de incompatibilidad. — En rigor la incompatibilidad no constituye nueva especie; pues no es otra cosa que cierta voluntaria prohibicion puesta desde el principio por el ins-

tituyente ó dimanada la ley que impide para siempre el concurso de muchos en un mismo poseedor. De la incompatibilidad legal trataremos al examinar la ley 7.ª, tít. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion. La incompatibilidad que proviene del arbitrio del fundador, es espresa si consta por palabras, ó tácita si se presume por hechos, dichos, condicciones ó gravámenes. Se llama absoluta, si se opone á la union de un Mayorazgo con otro de cualquier clase que sea, respectiva si impide que el Mayorazgo en que se funda se una con ciertos y determinados, sin escluir á los demás: y puede consistir en la adquisicion, prohibiendo que un Mayorazgo pase al que obtiene otro, ó en la retencion si impide que el poseedor de un Mayorazgo posea el nuevamente fundado mientras conserve aquel. Es, por último, lineal, la que escluye de la obtencion de un Mayorazgo á la línea que posee otro, y personal, que se contrae á la persona que posee otro Mayorazgo.

Artículo 8.°

De las líneas y sus especies.

En materia de Mayorazgos, es de evidente necesidad el conocimiento de las líneas y sus clases. No es motivo para prescindir de su exámen el que los Mayorazgos hayan dejado de existir, porque si la institucion ha caducado, no han desaparecido sus efectos. Pero seria inútil definir la línea y los grados, y mas que inútil seria una impertinencia imitar á Rojas que anticipa algunas nociones sobre Geometría. Esplicaremos sin tantos rodeos el significado de todas las que agrupa en el número 9 del argumento ó proemio del cap. VI, parte 1.ª «Nuestro derecho, dice, marca varias líneas para determinar las sucesiones de los Mayorazgos, á saber: línea recta, que por otro nombre se llama de sustancia ó sustancial de los descendientes y ascendientes: línea actual, ó sea línea efectiva del poseedor: línea habitual ó que solamente consiste *in habitu et potentia*, llamada tambien línea de primogenitura: línea paterna: línea materna: línea de travieso ó colateral: línea contentiva del fundador ó contentiva del último poseedor: línea de cuali-

dad: línea de verdadera agnacion ó agnativa: línea de artificiosa agnacion ó agnativa: línea de simple ó muda masculinidad: línea femenina: línea electiva ó de eleccion, etc.»

La primera y principal línea es la de los descendientes llamada de sustancia, que tal como la define Rojas, es: *Ordo descendentium in posteros non in plurimos, sed sigillatim de uno in alterum, eodem tramite retento, sub derivatione primogenituræ:* línea descrita por las tan conocidas palabras de la ley de Partida: *Que el señorio del Reino heredasen siempre aquellos que viniesen por línea derecha...* Se la llama de sustancia para diferenciarla de la línea de cualidad, que se consulta en la sucesion de los Mayorazgos irregulares. Conforme á aquella línea se han de resolver las cuestiones que ocurran en un Mayorazgo regular: tema que Rojas desenvuelve en los correspondientes párrafos sobre el principio de la ley: *que aquel ó aquella lo hoviese y no otro ninguno*, y señalando la preferencia segun el órden de línea, grado, sexo y edad.

Línea actual ó efectiva del poseedor, es la que constituye el actual poseedor, que como sucesor legítimo, la ocupa verdadera y realmente: línea reconocida como la principal, la de los sucesores actuales.

La línea habitual se llama de primogenitura, porque es la que el primogénito constituye desde luego para sí y para sus sucesores, con esclusion del segundogénito, aunque premuera en vida del poseedor, ó antes ó despues de la institucion del Mayorazgo, por lo cual Rojas dice, que reemplaza á la actual y precede á todas las demás líneas. Funda esta preferencia en la que tiene la primogenitura, de la cual dicen los doctores, que es derecho de prioridad, honorífico, útil, proveniente del derecho de gentes, divino, canónico, y aprobado por la costumbre: derecho que Gomez considera como dignidad que lleva aneja la sucesion y prelacion, y que describió Baldo en las siguientes palabras: *Primogenitura in filio regis est prima dignitas post Regem proveniens à jure inseparabili ipsius sanguinis.*

Los mayorazguistas llaman paterna y efectiva á la línea que tiene por cabeza al padre, en la cual se comprenden solo

los descendientes de este: por manera, que llamados los de ella, ó sea la misma línea, no vienen los que descienden de padre por parte de hembra, pues la hembra rompe la línea paterna de que trae su origen la agnacion, y es el fin de la propia familia (FEBRERO 34). Nótese que hablamos de la línea efectiva ó material, pues segun dice Rojas en el §. 15, cap. VI, parte 1.ª, puede usarse en sentido comprensivo, en cuyo caso se consideran incluidos los trasversales, descendientes del mismo tronco. Para esto hay que reparar mucho en la fundacion, pues si la cláusula llamase á los descendientes por línea paterna, no vendrán los descendientes de hembra, la cual, segun se ha dicho, rompe la línea paterna de la que trae origen la agnacion.

La línea materna tiene su tronco, cabeza ó raiz en la madre, y es susceptible en opinion de los autores, de iguales diferencias que se han establecido acerca de la paterna.

La línea colateral se compone de personas que nos están unidas *á latere* ó de costado: que ni descienden de nosotros, ni nosotros de ellos, aunque todos provengamos de un tronco comun, como los hermanos, sus hijos, etc. De esta línea lo único que podemos decir es que ocupa el tercer lugar, despues de la de descendientes y ascendientes.

Línea contentiva ó comprensiva es la que contiene y comprende en sí misma, no solo al padre, al abuelo y á los demás ascendientes, sino tambien á los trasversales del institutor y del último poseedor del Mayorazgo. Por manera, que vienen comprendidos en esta línea (la contentiva) todos los que son de la misma línea, de la cual fué el primer fundador del Mayorazgo. Y véase la diferencia entre dicha línea y la efectiva: la última tiene su principio en el padre, y solo comprende á los que de él proceden: la contentiva tiene principio en el superior que hace la agnacion y generacion del padre, por lo que no solo comprende á este, sino á sus ascendientes, descendientes y trasversales. Aunque esta línea se divide en contentiva del fundador que le comprende á él, á sus ascendientes y trasversales, y contentiva del poseedor que comprende

al mismo y á cualquier ascendiente por parte del fundador; como la sucesion del Mayorazgo se defiere al mas próximo, respecto del último poseedor, y no respecto del fundador, síguese que esta linea puede reducirse á la contentiva del último poseedor de la parte del fundador. Para que se comprenda esta doctrina citaremos un ejemplo. Cierto testador, que tenia un hermano uterino y otro consanguineo de parte de padre, fundó un Mayorazgo, llamando al hermano consanguineo, sus hijos y descendientes, y en defecto suyo á su mas próximo consanguineo: andando el tiempo se presentaron á litigar el Mayorazgo un descendiente por parte del hermano uterino, y otro pariente por linea trasversal del consanguineo: el pleito se decidió á favor del último; pues aunque de grado mucho mas remoto, probó hallarse en la linea contentiva del último poseedor por parte del fundador.

Línea de cualidad, no puede confundirse con la de sustancia, propia de los Mayorazgos regulares, pues segun los autores, se compone de aquellas personas en quienes concurren cualidades naturales ó accidentales exigidas por el fundador, como, por ejemplo, que los sucesores habian de ser agnados ó simplemente varones, ó hembras, ó nobles de pura sangre, ó doctores, ó licenciados, ó individuos de tal ciudad, de tal condicion ó de tal estado. Por lo que no impropiamente se llama esta linea civil, y la de sustancia natural.

La linea agnaticia puede ser de tres maneras: rigorosa y absoluta, que es la verdadera; limitada y artificiosa ó fingida. La primera acontece siempre que el fundador llama espresamente y con palabras claras á los agnados, aunque emplee diferentes fórmulas, v. gr.: Suceda en este Mayorazgo varon de varon, ó no sucedan hembras ni los varones de ellas, ó sucedan siempre varones descendientes por línea masculina. Es limitada cuando no se ha instituido el Mayorazgo de manera que absolutamente se conserve la agnacion *in perpetuum* entre los sucesores, sino que la agnacion se limita á ciertas personas, ó lineas, ó grados, ó tiempo. La artificiosa ó fingida se cumple cuando el fundador por no tener agnados en quienes instituir

la verdadera y propia agnacion, la instituye ficta, llamando á varones de varon en varon, de hembra ó hembras. De advertir es, sin embargo, que segun una ley del Reino que esplicaremos luego, no valen conjeturas ni presunciones para suponer ninguna de las anteriores líneas de agnacion, pues ó no ha de existir ó ha de constar de una manera clara, precisa y terminante.

Linea de masculinidad.—Como hemos dicho hablando de los Mayorazgos, se compone esta linea de varones de cualquiera cualidad, ya sean varones de varones, ó varones de hembras, pero de ninguna manera de estas. No conviene á nuestro propósito referir las causas que pueden inducir al fundador para establecer este órden, de cuyas causas, hábilmente recopiladas por Francisco Sousa, se ocupa Rojas en el número 320, § 22, cap. VI, parte 1.ª «Cuando á la sucesion de un Mayorazgo son llamados los varones con absoluta esclusion de las hembras, pero no de sus descendientes varones, se constituye un Mayorazgo de pura masculinidad que puede ser poseido por los que provienen de aquellos *(Sentencia de* 30 *de Setiembre de* 1850*)*.

La línea femenina es la que principia por mujer, v. gr.: la madre que constituye línea, y es de dos especies: una se llama inceptiva, porque tiene su principio en hembra, de modo que todos los que descienden de ella, aunque sean varones, se llaman de línea femenina con relacion al tronco. Otra se llama inceptiva, continuativa, porque se compone solo de hembras, sin mezcla de ningun varon, es decir, lo contrario de la de los másculos, que se compone simplemente de varones, sin interpolacion de hembra. Cuya línea, segun Mieres y otros mayorazguistas, tiene lugar cuando por estincion de la línea masculina entra la femenina, ó cuando son llamadas las hembras á la sucesion con esclusion espresa de los varones, pues estos de ninguna manera se incluyen en el llamamiento de las hembras, lo que al contrario, aquellas sí en el de estos. Por lo cual concluye Rojas diciendo que en la sucesion de tal Mayorazgo deben observarse las mismas reglas que en el de los másculos: *quia contrariorum eadem est disciplina.*

Linea electiva.—La constituyen las personas elegidas por el que tiene comision, facultad ó potestad de elegir sucesor en el Mayorazgo. Al definir esta especie, hicimos notar su irregularidad, que se refleja naturalmente en su línea. Conviene tenerlo en cuenta ya que nos sea imposible reproducir las cuestiones de Rojas en cuanto á los límites espresos ó presuntos de aquella facultad. Está declarado que siendo el Mayorazgo electivo solamente entre los hijos de los llamados á su obtencion, cuando muere el poseedor sin elegir ó sin tener hijos en que hacer la eleccion, cesa la irregularidad, y debe sucederse por el órden establecido en las leyes del Reino *(Sentencia de 15 de Diciembre de 1860).*

Línea postergada llaman los autores aquella que ha caducado por falta de varon, salvo que cuando falte tambien en la nueva línea, vuelva á la atrasada que lo perdió por la misma circunstancia. Sobre esta especie, que ha sido motivo de ruidosos pleitos, los mayorazguistas proponen varias reglas, de las cuales daremos siquiera una idea en otra parte.

Tambien hay línea que llaman defectiva, y tiene lugar cuando alguno es llamado porque se estinguió ó faltó la de otro; pues la de aquel entra á la sucesion del Mayorazgo, y ocupa por defecto el lugar de este.

Decimos lo mismo que de la anterior: declarar si ha concluido una línea y en que casos importa mucho para la decision de varias dudas, v. gr., las que Rojas examina en el § 3.°, cap. VI, parte 1.ª, núms. 55, 57, etc.

Artículo 9.°

Exámen crítico legal de los Mayorazgos.—Ley de Partida.

Mayorazgos regulares.—Ley 2.ª, tít. XV, Part. II.—*Los omes sábios é entendidos catando el pro comunal de todos, é conosciendo que la particion no se podria facer en los reinos que destruidos no fuesen, tovieron por derecho*[1] *que el Señorio del Rei non lo oviese, sino el fijo mayor despues de la muerte de su*

padre. E esto usaron siempre en todas las tierras del mundo, do quier que el Señorio ovieron por linage, é mayormente en España. [2] *E por escusar muchos males que acaescieron é podrian aun ser fechos, pusieron que el Señorio del Reino heredasen siempre aquellos que viniesen por la liña derecha.* [3] *E por ende establecieron que si fijo varon y non oviese, la fija mayor heredase el reino.* [4] *E aun mandaron que si el fijo mayor muriese ante que heredase, si dejase fijo ó fija que oviese de su mujer legitima, que aquel ó aquella lo oviese, é non otro ninguno.* [5] *Pero si todos estos falleciesen, debe heredar el Reino el mas propincuo pariente que oviese, seyendo ome para ello non habiendo fecho porque lo debiese perder.*

Al frente de las leyes sobre Mayorazgos debe ir la de Partidas, por ser la norma de todos los regulares, y porque á falta de espresion del fundador, ó cuando sea dudosa, se sigue el órden de sus llamamientos. Esto por demasiado sabido no exige demostracion. Pasemos al exámen de la ley en la parte puramente civil que á nosotros nos incumbe.

Como la ley llama al hijo primogénito, muerto el padre, se pregunta: ¿á qué hijo se refiere? ¿cuáles han de ser sus requisitos? La contestacion es bien sencilla: tratándose de un hijo legítimo nos parecen de poca importancia las dudas agitadas en la glosa 10: Cuando haya de suceder uno entre muchos hijos, se entiende que es el primogénito, aunque el hijo naciese antes que el padre obtuviese el Reino, ó lo que es igual, que se fundase el Mayorazgo; salvo ley ó costumbre en contrario (ROJAS, *parte* 1.ª, *cap. VI*), y aunque hubiere venido al mundo por medio de la operacion cesárea *(ut de cæsare dicunt)*. El comentador de acuerdo con otros autores entiende que la ley habla propiamente del hijo legítimo; la letra no permite dudarlo, pues mas abajo menciona *á los hijos que dejare de mujer legitima*, sobre lo cual dice el mismo: *baxtardi præsertim inter illustres pro nihilo reputantur* (glósa 10, § *Et quod in ista*).

En el párrafo inmediato examina una cuestion, á saber: ¿el hijo incestuoso concebido antes que sus padres obtuviesen dispensa, sucederá en el Mayorazgo como primogénito, esclu-

yendo á los demás habiendo nacido en tiempo habil? Caso afirma que sí: Baldo lo niega fundado en que no obstante la dispensa del Papa en el matrimonio *filii ante dispensationem concepti tamquam spurii non succedunt:* el comentador supone que Baldo y cuantos siguen su opinion, hablan de los hijos concebidos y nacidos antes de la dispensa, *non in conceptis antea, natis tamen post.* Molina está terminante en el mismo sentido, núm. 10, cap. II, libro III. Pero con respeto sea dicho de tan sábios escritores, pensamos que la suerte de los hijos incestuosos no es hoy tan desfavorable que pueda afectarles una mancha estinguida, borrada hasta en sus padres por la dispensa. En la misma ley agita otra duda que repite al examinar la 1.ª, tít. XIII, Partida IV. ¿Qué sucederá cuando la fundacion llame á los hijos engendrados y nacidos de legítimo matrimonio? ¿Bastará que el hijo sea legítimo por nacer de legítimo matrimonio *tempore nativitatis,* aun cuando no lo fuese al tiempo de la concepcion? Mas de una vez se ha presentado esta dificultad en los tribunales, mas de una duda ha ofrecido su resolucion: por una parte hay que advertir cuánta es la fuerza y eficácia del matrimonio: y esta es la base de la glosa; pero por otra, mirada esta circunstancia como condicion del vínculo, parece innegable la incapacidad si no se cumple.

Sobre ser grandes las cuestiones de Mayorazgos, habia la desgracia de no existir una jurisprudencia cierta, uniforme. ¿Qué opinion no cuenta con el apoyo de eminentes tratadistas?

Del derecho de los legitimados para suceder en los Mayorazgos se han ocupado todos con mucha estension. El de la glosa trata *remisive* esta cuestion de la que se ocupó analizando la ley 4.ª, tít. XV, Part. IV. Segun allí dijo remitiéndose á Baldo: el legitimado no se considera primogénito para escluir al legítimo ó natural, cuando la legitimacion fué hecha despues del nacimiento del legítimo, ó aunque fuese antes, cuando se trata de la sucesion en el Reino, de modo que si despues de la legitimacion nace un hijo legítimo y natural, este sucederia en el Mayorazgo con preferencia al legitimado. Mas al recordar la

materia haciéndose cargo de la doctrina, dice que hay que consultar antes que todo la letra de la fundacion; cree que si en la misma se llamase al hijo legítimo, sin añadir *legitimamente nacido ó que fuese nacido de legítimo matrimonio*, vendria el hijo legitimado: mas por el contrario, no sucederia en el Mayorazgo ni escluiria al sustituto, si en el Mayorazgo se hiciese llamamiento espreso del hijo nacido de legítimo matrimonio, puesto que tales palabras deben referirse al nacimiento verdadero, no al fingido por rescripto del Príncipe. Por otra parte, para conciliar la opinion discordante de los autores y hallar solucion á dictámenes al parecer contradictorios, nota la diferencia que existe entre el legitimado por subsiguiente matrimonio que es propiamente legítimo, y el legitimado por rescripto del Príncipe que no goza de la misma consideracion; advierte que aunque el primogénito legitimado por subsiguiente matrimonio, es preferido al segundogénito nacido legitimamente despues del matrimonio, no sucede lo mismo con el legitimado por el rescripto del Príncipe, que es postergado al segundogénito.

Rojas trata de esta materia en el párrafo 6.°, cap. VI, parte 1.ª En opinion de este autor, los naturales legitimados no son de línea recta para suceder en los mayorazgos, sino á falta de hijos legítimos legitimados por subsiguiente matrimonio, y agnados y cognados trasversales, llamados en defecto de hijos legítimos: mas no es tan general esta doctrina que no admita limitaciones: por ejemplo: 1.° cuando la legitimacion fuese concedida por el Príncipe por justa y pública causa, etc. (*Núm.* 78). 2.° faltando parientes legítimos aunque en la fundacion se hallase dispuesto que no sucedan los naturales y legitimados.; pues en este caso por la naturaleza del Mayorazgo y en razon de su perpetuidad, el legitimado se considera de la línea, familia, agnacion y cognacion (79). 3.° En los Mayorazgos agnaticios, cuando no quedan agnados sino hijas legítimas y naturales, entonces el agnado legítimo por rescripto del Príncipe debe de ser preferido para conservar la agnacion del testador. 4.° Si el que obtuvo la legitimacion fué el primer le-

gitimacion fué el primer instituidor y fundador del Mayorazgo (84). 5.° Cuando el fundador fuese legitimado, pues no es de creer que obrase por odio á los de su clase (85). 6.° Cuando en el testamento ó en cualquiera parte de la fundacion honrase á los legitimados (86) con arreglo á la ley 27 de Toro, y en todos los demás casos en que puede suceder el hijo natural.

Conviene en los mismos principios Molina, que examina este punto en varios pasajes de su obra, principalmente en el capítulo III del libro III.

Los derechos de los naturales son tambien problemáticos: de ellos dice Rojas en el párrafo 9.°, que por lo regular no son de la línea recta para suceder en el Mayorazgo: en cuya confirmacion cita la presente ley: *Si dejase hijo ó hija que hubiere de su mujer legítima:* la 40 de Toro: *si el tal fijo mayor dejare hijo ó nieto ó descendiente legítimo*, y en otra parte: *de manera que siempre el hijo y sus descendientes legítimos*, y la tan repetida cláusula del testamento de D. Enrique II: *pero todavia que las hayan por Mayorazgo é finquen al hijo legítimo mayor de cada uno de ellos.*

Pero aunque esta sea la regla, tampoco la da por tan general que no establezca sus limitaciones, por ejemplo: 1.° Si fuese la madre la que fundó el Mayorazgo (119). 2.° Cuando el fundador del mismo fuese hijo natural por presuncion de cariño hácia los de su clase. 3.° Si llamó á sus hijos cuando el fundador no podia tener otros mas que naturales (122). 4.° Si el primer llamado fué un hijo natural, pues se vé que esta circunstáncia no es un impedimento (123). 5.° Si en la fundacion se hizo mérito de los hijos naturales honrándolos espresamente (124). En las fundaciones del tercio de los bienes con arreglo á la ley 27 de Toro (125). En los Mayorazgos perpétuos fundados por ascendientes, pues faltando hijos y descendientes legítimos, los naturales deben de ser preferidos á los ascendientes y colaterales legítimos (126). Cuando falte legítima prole para la sucesion de un vínculo perpétuo, pues la sucesion se deferirá al hijo natural para que la perpetuidad no

cese (128). Por último, en los Mayorazgos instituidos con libre facultad de elegir; pues faltando hijos legítimos puede recaer la eleccion en los naturales.

La doctrina sobre hijos adoptivos y arrogados está formulada por el autor en las siguientes conclusiones del párrafo 10 del mismo libro y capítulo. Aunque tales hijos tengan algunos derechos hereditarios, no están en la línea de los descendientes para suceder en el Mayorazgo; lo uno, porque son hijos civiles fingidos y no llenan la condicion; lo otro, por el peligro de que se adopten con fraude y en perjuicio del verdadero sucesor. Por eso, añade, no suceden en el feudo ni en la enfitéusis constituida para sí y para sus hijos ni en el fideicomiso.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 28 de Marzo de 1848: Que cuando hay descendientes legítimos no suceden en los Mayorazgos los hijos naturales, y que estos solo entran en la sucesion á falta de aquellos.

Por otra de 24 de Abril de 1861: 1.° Que son hijos legítimos los legitimados por subsiguiente matrimonio, segun la ley 1.ª, tít. XIII, Part. IV; y merecen igual concepto para los efectos civiles; 2.°, que llamados por el fundador á suceder en un vínculo los hijos legítimos y de legítimo matrimonio de las personas señaladas en la fundacion, se comprenden bajo ese nombre los hijos legitimados, á no ser que se les escluya espresamente.

Por otra de 17 de Junio de 1861: 1.° Que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son legítimos segun la ley de Partida, lo mismo que los nacidos despues de haberse contraido, existiendo perfecta igualdad entre los de una y otra clase para todos los efectos civiles; 2.°, que las cláusulas de fundaciones de Mayorazgos que llaman á la sucesion á los hijos legítimos de legítimo matrimonio, no escluyen á los legitimados por el subsiguiente, sino en el caso de haber sido estos escluidos espresamente y con palabras terminantes.

Despues de las palabras que hemos esplicado, son dignas de fijar nuestra atencion las siguientes, que declaran que *han de heredar el Señorío aquellos que viniesen por liña derecha,*

de manera que si hijo varon no hobiese, la fija mayor heredase el Reino.

La ley llama en primer lugar á los que son de línea derecha, el varon si le hubiese, y en sú defecto la hembra. Esa línea es incompatible con otra: *que aquel ó aquella lo hubiese, y no otro ninguno;* y es segun comparacion de Rojas, tan fuerte y eficaz como la línea perpendicular, á la que se asemeja, es en Geometría mas propia y mas potente que otras que vienen de travieso *(Pág. 60, núm. 51).*

Por el ejemplo de esta ley, que es como se ha dicho el modelo de los Mayorazgos, el varon aunque de menor edad es preferido á la hija primogénita; la hija no puede suceder en el vínculo sino faltando varon de la misma línea y grado: *nisi masculo ejusdem lineæ et gradus deficiente* (MOLINA, lib. I, cap, III, núm. 8.º).

De tal modo es cierta la preferencia de la línea, que aun muriendo el padre antes de heredar el Mayorazgo, si dejó hijo ó hija de legítimo matrimonio, le heredaria. Este principio es de los mas importantes en materia de fundaciones: de él proviene la doctrina de representacion, desenvuelta en nuevas leyes, y objeto de largos comentarios. La Ley Alfonsina era exactamente aplicable á todos los Mayorazgos; asi lo dijo Paulo de Castro y lo ha declarado terminantemente la ley 40 de Toro.

En defecto de las personas antes citadas sucede en el Mayorazgo el mas propincuo pariente; por manera que conforme al texto espreso de la ley, faltando la linea recta de los descendientes en el Mayorazgo, es llamado el pariente mas próximo, aunque fuera de la trasversal. Descúbrese en esta idea la perpetuidad, que es característica de los Mayorazgos, aunque la falta de espresion parezca en algunos casos haberle puesto fin con determinados llamamientos.

La proximidad, como tendremos ocasion de repetir, se aprecia con relacion al último posecdor. La ley 9.ª, tít. I, Partida II, dice que la primera manera de ganar el Señorío del Reino, es *cuando por heredamiento hereda los Reinos el fijo mayor ó alguno de los otros que son mas propincuos parientes á*

los reyes al tiempo de su finamiento. El comentador dice: «aunque muriese toda la familia, con tal de quedar uno de sangre antigua, siquiera se hallase en el milésimo grado, no habiendo otro mas próximo, el sucederia por derecho de sangre y perpétua costumbre» *(glosa 1.ª).* Las palabras *de su finamiento*, dan la clave para juzgar de la proximidad, por lo que continúa: «si el poseedor del Mayorazgo sucumbiera dejando la mujer en cinta, y el póstumo muriese despues ó naciese abortivo, deberia suceder el que se hallase mas próximo al tiempo de la muerte ó del aborto del póstumo, no el que fuese mas próximo al tiempo en que se defirió á este el Mayorazgo.» Tal es el supuesto de una nueva conclusion que Molina establece como fundamental en materia de Mayorazgos *(Pág. 14, número 15).*

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 24 de Marzo de 1859: Que en la sucesion de los Mayorazgos debe atenderse á la línea con preferencia á toda otra circunstancia si los fundadores no han establecido lo contrario. Que la prelacion de la línea y la proximidad del parentesco han de considerarse respecto del último poseedor, tanto en la línea recta como en la lateral, con tal que los contenidos en esta sean tambien parientes del fundador.

Las palabras *seyendo home para ello*, denotan la incapacidad de algunos para suceder en el Mayorazgo. No han omitido los autores este punto, como puede verse en Gregorio Lopez, glosa 19; Molina, lib. I, cap. XIII; Rojas, parte 2.ª, cap. VI. Todos convienen en que pueden suceder en el Mayorazgo el clérigo, el mudo y sordo, el loco, el mentecato y el ciego, no habiéndolo prohibido espresamente el fundador, pero no en ducado, reino, ni dignidad, á que está aneja jurisdiccion: *licet in successione regni... excludatur inutilis et inhabilis, et idem in his dignitatibus et jurisdictionibus, in quibus esset par ratio, non tamen in aliis majoriis; imo videtur quod indistincte succedant, si à disponente majoriam non excludantur* (GREGORIO LOPEZ).

E non aviendo fecho cosa. Debe perder el Mayorazgo el que no sabe ser digno de esta dignidad. Así es que los escritores

afirman que el poseedor del Mayorazgo puede perderlo por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho; por ingratitud; por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo mandare espresamente; por haber cometido alguno de los tres delitos esceptuados (lesa majestad, divina y humana, sodomía y heregía), aunque el fundador no lo mande. La pena de estos delitos no comprende á los hijos de los delincuentes procreados antes de su perpetracion *(ley 6.ª al final, tit. XXVII, Part. II).*

Por último los poseedores de Mayorazgos están obligados á cumplir las condiciones posibles y honestas que se hayan impuesto en la fundacion, y no cumpliéndolas, lo perderá aunque sea el primogénito y primer llamado á la obtencion, y pasará al siguiente en grado, si asi lo dispuso el fundador *(Febrero reformado, pág. 534, tomo I).*

Jurisprudencia.—Por sentencia de 21 de Enero de 1851 está declarado: 1.° Que constituido un Mayorazgo en cabeza de una persona y de los descendientes de la misma por el órden de sucesion regular, muerto el llamado sin descendencia, tienen derecho á suceder sus parientes mas próximos, cuando lo son por la linea del fundador; y 2.°, que los testamentarios del instituidor del Mayorazgo no pueden alterar lo que este ordenó, sino están espresamente facultados para ello.

Por otra de 7 de Octubre de 1859: Que las cuestiones sobre mejor derecho á los bienes de una fundacion, solo pueden decidirse por los principios generales de derecho, cuando en ella no se fijen las reglas que hayan de observarse.

Por otra de 1.° de Abril de 1862: 1.° Que como consecuencia necesaria del carácter ordinario de perpetuidad inherente á los Mayorazgos, faltando los llamados á suceder en la fundacion, entran á suceder, siempre que espresamente no haya manifestado el fundador ser otra su voluntad, los demás parientes suyos, aunque carezcan de las cualidades por él exigidas; y 2.°, que llegado este caso, el Mayorazgo se reputa como regular, aunque los primeros llamamientos lo hubiesen

hecho separar de las cualidades de los de esta clase, dándole el carácter de irregular.

Artículo 10.º

Continuacion de esta materia por las leyes recopiladas.

Prueba de los Mayorazgos.—Ley 1.ª, tít. XVII, lib. X, Nov. (41 de Toro).—[1] *Mandamos que el Mayorazgo se pueda probar por la escritura de la institucion dél.* [2] *Con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las escripturas que fagan fée;* [3] *ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del tenor de las dichas escripturas,* [4] *é asimesmo por costumbre inmemorial probada con las calidades que concluyan los pasados, haber tenido é poseido aquellos bienes por Mayorazgo, es á saber: que los fijos mayorazgos legítimos é sus descendientes, subcedian en los dichos bienes por via de Mayorazgo, caso que el tenedor dél dejase otro fijo ó fijos legítimos, sin darles los que subcedian en el dicho Mayorazgo alguna cosa ó equivalencia por subceder en él,* [5] *é que los testigos sean de buena fama, é digan que ansi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, é asi lo oyeron decir á sus mayores é ancianos que ellos siempre asi lo vieran é oyeran, é que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, é que de ello es pública voz é fama é comun opinion entre los omes é moradores de la tierra.*

La ley hace tres declaraciones: la primera en sus cuatro artículos señala los títulos ó medios probatorios de los Mayorazgos; la segunda califica uno de estos medios, determinando los requisitos de la costumbre inmemorial; la tercera fija la condicion especial de los testigos, disponiendo que hayan de atestiguar de hecho propio, y referirse á segundas oidas.

Ya que esta ley no tuviera por objeto conciliar encontrados pareceres, y que por eso los autores se cuiden menos de inquirir los precedentes, no habria sido inútil que tratáran de justificar la disposicion por su necesidad. ¿Puede ofrecer dudas la existencia del Mayorazgo? ¿Era conveniente establecer me-

dios de prueba? Contestamos afirmativamente á estas preguntas. El Mayorazgo es una escepcion del estado de propiedad; no se presume sino se prueba. Faltan, ó á lo menos no recordamos, leyes anteriores á las de Toro, señalando solemnidades prévias á su constitucion; pero damos por supuesto que las tenia, es imposible que careciese de ellas. Como distincion no habia de ser inferior á otras que necesitaban concesion escrita: como contrato ó última voluntad no habia de carecer de condiciones que reunian todos; el legislador supuso perfectamente que era así, y colocó al frente de las pruebas la escritura de fundacion ó la Real licencia. Pero cuando se discurre por hipótesis, no es prudente asentar afirmaciones: podia faltar la licencia, no haberla impetrado, y aun haberse concedido de palabra; podia faltar la escritura, no tenerla ó haberse perdido, y como no convenia aumentar el rigor donde quizás habia habido sobrada facilidad, se señalaron otros medios, la prueba de testigos, y la posesion inmemorial. Lo que no concedemos es el supuesto carácter restrictivo de la ley. ¿Cómo habian de restringir los Mayorazgos las leyes de Toro, precisamente acusadas de haberlas fomentado? No; el caso era regularizarlos, y ese objeto bien pudo tenerle la ley al exigir á los testigos requisitos especiales, al pedir á la prescripcion circunstancias calificadas.

Admitido como probable que tal fuese el pensamiento de la ley, procedamos á su exámen.

1.ª No sabemos qué fin se proponen los comentaristas cuando al frente, y como base de sus glosas, establecen por máxima «que la escritura pública no se requiere por forma y como solemnidad, sino por prueba.» La ley no trata de la necesidad de aquel requisito, consigna únicamente su valor legal como prueba. Costaríanos algun trabajo salir de aquella dificultad si hubiéramos de resolverla; creemos que lo regular es que existiese la escritura, no concebimos que se fiase á la memoria el cumplimiento de una voluntad que se imponia á todas las generaciones; pero nos hacemos cargo de los tiempos, y no nos permite ser demasiado exigentes nuestra ley, que da como

probable, pero no hace absolutamente precisa la existencia de la escritura. De modo que la falta no era una nulidad aunque su existencia fuese una garantía. Gomez, á quien cita Llamas en el núm. 2 del Comentario, dice: *sicut regulariter in aliis actibus non requiritur scriptura pro forma et solemnitate eorum sed ad faciliorem probationem, ita eodem modo in constitutione majoratus.* Molina abunda en estas ideas: á primera vista, segun él, la escritura parece indispensable en el Mayorazgo, pues de ella habla la ley como la primera y mas esencial prueba; mas se vé que no es así, que la escritura no se requiere por forma, *sed ad memoriam conservandam et faciliorem probationem;* pues la ley usa la frase, mandamos que el Mayorazgo se *pueda* probar, y entre los medios probatorios cuenta el de los testigos. Algo tendríamos que oponer á esta interpretacion, si quisiéramos y fuese útil analizarla.

2.ª ¿Dúdase, en cuanto al otro requisito, si la licencia del Rey ha de constar por escritura pública? Así lo afirma Molina, y con él otros autores: no niega este autor que valdria cualquier gracia otorgada por el Príncipe de palabra; pero *quælibet gratia Principis scripturam necessario requirit nec testibus probari potest.* Sancho no es de esta opinion, se adhiere á la de Gomez, que dice que cualquier gracia, privilegio ó licencia del Rey, Príncipe ó Pontífice, no requiere la escritura *pro forma* sino para su mas fácil prueba: de lo que se sigue que si muriera antes de otorgarla por escrito, valdria: *si per tester vel alio modo possit probari.* Entre estos dos dictámenes, y ahorrando su ampliacion, que debe consultarse en dichas obras, preferimos el de Molina; la ley, nótese bien, concede que pueda probarse el Mayorazgo por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras, luego las presupone.

3.ª En cuanto á los testigos, Llamas dice que han de ser tres y reunir las cualidades que exije el derecho. Nosotros no vemos fijado semejante número en la ley, al contrario vemos que bastan dos para hacer prueba, segun la ley 32, tit. XVI, Part. III; que hayan de tener las cualidades de derecho es evidente, porque de otro modo no serian testigos. Consignamos

resueltamente esta opinion, pues los comentaristas han hallado recursos en su prodigiosa erudicion para apoyar los mas estraños pareceres, y suplir y enmendar la ley. Véase cómo discurre Acevedo sobre la frase *en la forma que el derecho quiere;* se supone que han de ser á lo menos cinco los testigos para probar al tenor de la escritura del Mayorazgo cuál y de qué manera fué escrita, añadiendo haberse verificado el hecho en tal modo, forma y órden, que la escritura no fué viciosa en partes sustanciales, ni habia sido cancelada; eso se infiere del contenido de la ley 28, tít. XVI, Part. III, y es preciso que concurran dichos testigos, porque como segun Molina, para la fundacion de un Mayorazgo constituido de real licencia, de necesidad se requiere la escritura; perdido este documento, el tenor de dicha escritura y el de la real licencia por cuya virtud fué constituido el Mayorazgo, han de probarse con cinco testigos *(Núm. 6.°, ley 1.ª, tít. VII, Rec)*. Como en oposicion de esto se alegan autoridades de Baldo y otros autores, que creen que podria admitirse prueba de dos testigos, si se hubiese perdido un testamento ú otro escrito, añade por fin que suscribiria á este dictámen, si fuesen instrumentales, ó sea de los que concurrieron á la confeccion del testamento, pero en otro caso exigiria cinco; que si dos testigos bastarian para probar un contrato temporal, como el mútuo, de ninguna manera tratándose de un contrato perpétuo.

Esta argumentacion será muy científica, pero si solo ha de servir para promover dudas, preferimos el texto liso y claro de la ley que no las produce. Los testigos viniendo á deponer sobre el valor de las escrituras acreditan haber existido, y remedian la falta de un instrumento que seria la mejor prueba.

4.ª Otro medio de probar el Mayorazgo es la costumbre inmemorial. Los autores controvierten sobre la propiedad de esta palabra. Sancho se inclina á llamarla prescripcion, entreteniéndose en esplicar la distinta significacion de una y otra. Semejante discusion es estemporánea. Molina la considera tal costumbre despues de manifestar las ventajas que este derecho saca á la prescripcion, núm. 11, cap. VI, lib. II: mas aunque

asi no fuere, ¿puede haber palabra mas propia que la de la ley? Pues el último medio de que esta habla es la prueba del Mayorazgo por inmemorial costumbre. Lo mas notable de ella son las calidades: exige que los testigos que hayan de declarar sean de buena fama: el haberse fijado en esta circunstancia cuando lo comun es suponer que en todos los testigos concurre, indica que semejante cualidad ha de articularse y probarse específicamente. La opinion de los autores no añade un átomo de fuerza á la autoridad de la ley que es terminante. Qué causa haya podido inducir para que se exija esta formalidad no es fácil decirlo, aunque nos parece inverosimil la interpretacion de Molina. La ley, dice, toma orígen de la decision *tex.* en el capítulo *licet. exquad. Nisi forte personæ graves extiterint quibus merito sit fides adhibenda.* Exigíase allí para la prueba de un hecho antiguo que escediese la memoria de los hombres, que los testigos fuesen graves y de buena fama. Esto ha ido buscando la ley, para lo cual no basta la presuncion, que es comun á todos, sino la prueba de esta calidad *(libro II, capítulo VI, número* 30).

5.ª Tras de este requisito viene la edad, pues quiere la ley que digan que asi lo vieron pasar por tiempo de cuarenta años. Habiendo de resolver esta duda con arreglo á la forma ordinaria, deberian tener cincuenta y cuatro años de edad, pues la ley 9.ª, tít. XVI, Part. III, señala la edad para que el testigo pueda comparecer en juicio á declarar en asuntos civiles. ¿Pero cómo no ha de salir de la regla ordinaria el testimonio que comprende un periodo de cuarenta años? Molina, bajo la autoridad de su propia esperiencia, dice sobre esta cuestion: *Sufficiet namque quod testis sit ætatis quinquaginta annorum cum dimidio: cum testis, qui jam decem annos cum dimidio attinxit, doli capax esse censeatur.* (núms. 40 y 41, cap. VI, cit.) Esta es tambien la opinion de Llamas en el núm. 23.

Los accidentes que ha de calificar el dicho de los testigos son todavia mas notables: en primer lugar han de declarar: 1.º Que vieron lo que se articula por espacio de cuarenta años: 2.º Que oyeron á sus mayores que asi lo vieron pasar por

todo el tiempo de su vida: 3.º Que estos mayores á quienes habian oido decir lo que se pregunta, lo habian ellos oido decir á los que les precedieron. Esto es lo que nuestros espositores llaman segundas oidas; nombre que no ajusta mal á un testimonio que comprende tres generaciones. Al llegar aquí principiamos por reconocer la razon que tuvieron las Córtes de 1563 y 1578 para pedir aclaraciones, ó mas bien para protestar contra semejante modo de probar la costumbre inmemorial. Por toda respuesta en uno y otro caso se les dijo: «agora no conviene hacer en esto novedad.» El resultado es que se ha tomado la ley por fórmula, y solo de ese modo se ha cumplido. Acaece, podriamos nosotros decir, repitiendo las mismas palabras de los procuradores, haber un hombre visto en su tiempo una cosa, y oídola á sus padres y nunca cosa en contrario, y ser ansi público; pero jamás los padres y mayores dicen haberlo oido á otros sus mayores. Y lo que pasa es que los receptores y escribanos, cuando el dicho caso sucede, por alargar la escritura, ponen la inmemorial, no con segundas sino aun con terceras oidas, que es cosa cuya imposibilidad tambien se puede y deja entender...»

¿De dónde ha podido tener origen esta disposicion de la ley? Esto es lo que se ignora. La ley 29, tít. XVI, Part. III, admite la prueba de oidas tratándose de antiguas obras ó servidumbres, porque como no hay ninguno vivo que *las viese facer, vale el testimonio de oida, si preguntado el testigo cómo lo sabe respondiere que oyó decir á otros que lo vieron facer, ó que oyera decir á otros que ellos vieran quien lo vido facer, é que desto era fama entre los omes que asi fuera*. Pero el legislador no consideró suficiente la prueba de prescripcion inmemorial que era conocida por derecho comun, y exigió cualidades especiales en la antigua costumbre para probar los Mayorazgos. En conformidad con esta ley se hallan la 4.ª, tít. VIII, lib. XI de la Nov., que tratando de la prescripcion de la jurisdiccion de villas y lugares, espresamente ordena que la posesion inmemorial se haya de probar segun y como y con las calidades que la ley de Toro requiere y la 7.ª del mismo título, que tra-

tando de la posesion inmemorial con que adquieren los señores de los pueblos los derechos que exigen de sus vecinos, espresamente dispone que se haya de acreditar con las calidades y circunstancias prevenidas por derecho y por las leyes de estos reinos, entre cuyas leyes debe ocupar el primer lugar la de Toro por ser de fecha posterior.

Por manera que no atendiendo mas que á la letra, hay que convenir con Sancho Llamas que no se puede perdonar el menor requisito de los que exige la ley; pero á esto añadimos nosotros, como no basta querer para poder cumplirlos, es mas cierto lo que despues de mucho disertar propone Molina al número 33 del referido capítulo VI. *sed verius mihi videtur non omnino esse á judicibus formam illarum legum rejiciendam, nec etiam scrupulose sequendam: cum omissio modicæ solemnitatis actum vitiare non soleat.*

No creemos necesario que los testigos que sobre lo que oyeron á sus mayores hayan de espresar sus nombres para venir en conocimiento de sus personas; no aumentaria esto valor á la declaracion y aumentaria sus dificultades, por lo cual la ley prescinde de este requisito.

Lo que sí es indispensable que comprenda dos estremos, pues el testimonio ha de prestarse como en ella se previene con fé negativa de que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario.

Debe por último articularse y probarse que lo que los testigos declaran es público de voz y fama y comun opinion entre los vecinos. Este punto le analiza Molina en el número 36, y en el 37 lo establece de un modo afirmativo, recordando que es de derecho: *quod quando aliquis requiritur á lege pro forma id sit specifice adimplendum, nec sufficiet si per æquipotens adimpleatur.*

Jurisprudencia. — En sentencia de 11 de Octubre de 1858 se resuelve: Que el testamento en que se funda un vínculo, y la posesion real de los bienes propios del mismo constituyen prueba suficiente de su existencia y de que le pertenecen las fincas que se inventariaron como vinculadas.

Está declarado por sentencia de 25 de Junio de 1859: Que reconocido por las partes el hecho de la cualidad vincular de

los bienes litigiosos, y no impugnándose oportunamente, en nada influye despues la falta de registro de la escritura de fundacion para la validez de aquel hecho.

Por otra de 28 de Junio de 1860: 1.° Que no basta la escritura de fundacion de un Mayorazgo para acreditar que le pertenecen ciertos y determinados bienes, cuando en ella no han sido desîgnados ni se acredita que se le hubieren agregado ó formado parte del mismo; 2.°, que la prueba corresponde al demandante, á escepcion de los hechos negados por él mismo; 3.°, que los testimonios de toma de posesion de un Mayorazgo sin designacion de bienes, verificada en virtud de sentencia ejecutoria, no pueden invocarse como prueba suficiente de la calidad de bienes determinados; 4.°, que es ineficaz la escritura de cesion de bienes vinculados, otorgada entre los poseedores de diferentes Mayorazgos, aunque tenga por objeto aclarar y deslindar los correspondientes á cada uno de estos, en atencion á que carecen de facultades los poseedores de vinculaciones para ceder los bienes que las constituyen.

Por otra de 20 de Diciembre de 1860: 1.° Que aunque sea incuestionable la legalidad de la fundacion de un vínculo, no puede, sin embargo, reconocerse su existencia cuando no llegó á constituirse, ni se sabe si á la muerte del fundador quedaron ó no bienes de los en que debia tener efecto la vinculacion, ni cuales fuesen caso de haberlos; y 2.°, que es un principio de derecho que los bienes deben tenerse por libres mientras que no se justifique hallarse afectos á algun vínculo ó gravámen.

Por otra de 11 de Diciembre de 1861: Que probada la fundacion de un Mayorazgo y la agregacion á él de una nueva finca en la forma que establece la ley 1.ª del tít. XVII, lib. X de la Nov. Rec., y no apareciendo título alguno justo por el cual haya debido dejar de pertenecer al mismo, la finca sobre cuya propiedad se litiga, no puede decirse pue se haya infringido la citada ley.

Real licencia.—Ley 2.°, tít. XVII (42 de Toro).—*Ordenamos é mandamos que la licencia del Rey para facer Mayorazgo preceda al facer del Mayorazgo; de manera que aunque el Rey*

dé licencia para facer Mayorazgo por virtud de tal licencia no se confirme el Mayorazgo que de antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia espresamente se dijese que aprobaba el Mayorazgo que estaba fecho.

Dos capítulos contiene la ley: por el primero exige que la real licencia preceda al Mayorazgo; en el segundo declara que la licencia no confirma el anterior, si espresamente no se concede. Podria decirse que no merece el caso las cuestiones promovidas por los autores. Cuando se requiere una formalidad como condicion indispensable de otra, menester es que preceda. Eso tuvo en cuenta el legislador, y eso dijo.

Pero á los comentaristas no les satisface encontrar una solucion sino la prueban, y esta es la causa de todas sus conjeturas. Alguno, como Gomez, halla perfecta conformidad entre la ley y otras resoluciones del derecho; la licencia para fundar Mayorazgo ha de preceder como precede el consentimiento del padre para que el hijo admita la herencia, ó para que comparezca en juicio, como precede el del tutor para la validez del acto celebrado por el pupilo, y el decreto del juez para la enajenacion de los bienes de un menor. En resúmen, tal es la materia del núm. 1.° de su comentario.

Diego Castillo no se anda en razones de conveniencia, y busca nada menos que una razon legal. En concepto de este autor, la licencia se debe reputar por una ley, y como estas regularmente no se estienden á lo pasado, claro es que aquella no debe ser posterior, sino anterior al Mayorazgo. Sancho no considera desatendible esta razon, en cuyo apoyo cita la ley 15, tít. XIV, Par. III, que declara que los hechos se han de juzgar por los fueros que regian cuando se hicieron y no por los posteriores.

Se nos figura que hay un medio de hermanar las dos esplicaciones; nosotros á lo menos hemos de intentarlo para juzgar de su valor. Los Mayorazgos eran una institucion de derecho privado, pero la causa de ellos fué siempre pública, y esto por una razon sencilla: cuando no habia otra regla que seguir mas que los feudos, ni otro principio á que atenerse

mas que la costumbre, debia ser lo regular, porque era lo justo, que ninguno se creyese autorizado para hacer de su fortuna un feudo, para alterar las leyes de la sucesion, fundando en su casa un vínculo á ejemplo del de la Corona, sin pedir antes la licencia, sin obtener antes esa gracia. No habrá ley que lo preceptúe; pero encuéntrase un principio de buen sentido que lo aconseja. Pues bien: ese requisito prévio es lo que unos autores llaman forma y solemnidad precisa para el acto: es lo que otros se atreven á considerar como una ley. Suprímase esa necesidad; y si se dice que cada cual era dueño de fundar un Mayorazgo, como lo era para dar ó enajenar sus bienes, entonces falta el fundamento á la disposicion, porque si la licencia no era un requisito, su precedencia no podia ser una ley. Entonces la de Toro tiene otra esplicacion, y lo que significa es, que si uno queriendo fundar un Mayorazgo, se proponia hacer intervenir la licencia real para autorizarle mas, para honrarle mas, debia anticiparse á solicitar la gracia que habia de servir como de base á la fundacion.

Si la licencia y la escritura fuesen de igual fecha, se supone que la fundacion fué posterior, porque no es de creer que se hiciese sin haberla obtenido, por cuyo criterio puede resolverse la cuestion que Palacios Rubio propone en el número 6. El autor considera nula una fundacion si el instituyente la hizo dando por supuesta la licencia, pero sin que hubiese adquirido noticia del otorgamiento. Esto seria lo lógico, en términos de estricto derecho, aunque se nos figura que la fundacion se sostendria, porque en el hecho de solicitar la licencia, se manifestaba la presuncion de obtenerla y la voluntad de recibirla.

Vemos, por último, que la ley confirma el Mayorazgo instituido, si la licencia posterior le aprueba. Los dos capítulos van conformes: el que solicitase licencia para fundar un Mayorazgo que de antemano tenia constituido, necesariamente habria de proceder con engaño, y eso quiso evitar la ley; pero si no se procedió por obrepcion ó subrepcion; si se pidió para remediar una falta, ¿hay inconveniente en que se concediera

aprobando dicho Mayorazgo? La confirmacion en la forma comun, no convalida lo que por sí es nulo é inválido: la confirmacion á ciencia cierta, convalida lo que por sí es nulo. Mas grave parece la cuestion sobre si valdrá la confirmacion, aunque recaiga con posterioridad á la muerte del fundador. Molina distingue tres casos, segun que se hubiese ó no concedido con conocimiento de este suceso; pero aunque la distincion esté muy en su lugar, nos parece que sin tanto rodeo, puede admitirse la afirmativa que sostienen Gregorio Lopez y Menchaca. La gracia concedida á beneficio de un Mayorazgo no podia ser personal; aunque el fundador hubiese fallecido, quedaba el inmediato para utilizarla y aprovecharse de ella.

Recomendamos dichos tratadistas á los que deseen tener noticia de otras cuestiones.

Efecto de la Real licencia.—Ley 3.ª, tít. XVII (43 de Toro). *Las licencias que Nos habemos dado ó diéremos de aqui delante, ó los Reyes que despues de Nos vinieren, para facer Mayorazgo, no espiren por muerte del Rey que las dió, aunque aquellos á quien se dieron no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió.*

Esta ley ocupa en la Novísima el lugar conveniente: perdió el órden que tenia en la Nueva, donde sin saber por qué se puso la 2.ª Primero es obtener la licencia que decidir si ha de caducar ó no por muerte del concedente. Pero preguntamos, ¿y habia necesidad de hacer esta declaracion? Si no fuera precisa, ¿por qué se hizo? No diremos que fuese necesaria: el Rey no representa la persona, representa la dignidad; y como esta no acaba nunca, tampoco deben acabar los actos que de ella emanan. Se hizo para evitar cuestiones, porque ha sido frecuente la confirmacion de gracias y privilegios al advenimiento de los Reyes, y si de algun modo cabe considerar el Mayorazgo como un privilegio, podia creerse que en efecto era necesaria la renovacion de la licencia, sobre todo no habiéndose usado en vida del concedente.

Los controversistas toman pretesto de cualquier declaracion, y aqui no les faltaba algun precedente que poder citar.

La ley 20, tit. XIII, Part. II, declara que luego que muera el Rey han de acudir todos los que hubiesen recibido oficios de él á entregarlos al sucesor, y los que no hicieren esto pierdan los oficios, etc.: podria inferirse de aquí que las gracias concedidas por el Rey acaban y espiran á su muerte.

Todos los autores se fijan en esta observacion; todos la desenvuelven y comentan; ¡cosa rara! A ninguno le ha ocurrido pararse en su falta de oportunidad: planteada asi la cuestion, el comentario puede ser tan variado como se quiera, y nada tiene de estraño que Llamas siga y aplauda á Gomez, quien en el capitulo VIII de sus *Varias resoluciones*, tit. III, núm. 5.°, se propone la duda de si por la muerte de un juez que desterró á un reo por el tiempo de su voluntad, se deberá entender concluido y finalizado el destierro.

Ya que la ley existe, sea cualquiera la causa de su publicacion, lo principal es determinar su sentido, y bajo ese punto de vista no tenemos por ociosa la duda que promueve Molina en dicho capitulo VII, lib. II, á saber: si será aplicable en el caso de que, concedida la gracia, el Príncipe haya muerto antes de estenderla en la forma corriente. Molina cree que no; Llamas sostiene la opinion contraria; nosotros nos inclinamos á la opinion del primero: suscribiriamos al parecer de Llamas si una simple concesion de palabra fuese una licencia; pero ¿quién dice que una palabra, un movimiento de cabeza, merezca ese nombre? Pues qué, ¿tan insignificante es el oficio de la Cancillería? Gracias hechas en legal forma ofrecen todavia dudas; ¡cuántas no produciria una palabra que se lleva el viento! Lo que nos parece es que en este caso no se debia pedir confirmacion; lo procedente era solicitar del sucesor que concediese la licencia. Y es que lo mismo esta ley que la anterior, hablando de este requisito, entendieron que la licencia debia ser escrita; la 41 cita la *escritura de la licencia del Rey*; la 42 y 43 dicen tambien *dar licencias, las licencias dadas*, etc.

¿Y caducará la licencia por el trascurso de tiempo? Es la otra cuestion que Molina trata tomando motivo de las últimas

palabras de la ley *aunque aquellos á quien se dieron no hayan usado dellas en vida del Rey.* Considerando que el privilegio concedido para hacer una cosa espira si el privilegiado no usa de él dentro de diez años, dice que á primera vista podria juzgarse lo mismo del Mayorazgo; mas sin embargo, no es asi, porque lo regular es que semejantes licencias se dejen á la mera y libre voluntad del fundador, de modo que no caducan porque este tarde mas ó menos tiempo en hacer uso de ellas. Tampoco es fácil que ocurran estas dudas, pües por lo comun se han concedido con la siguiente cláusula: «Os damos facultad para que en vuestra vida ó al tiempo de vuestra muerte» palabras que, cuando menos, denotan que la facultad dura tanto como la vida de aquel á quien se concedió.

Revocabilidad del Mayorazgo.—Ley 4.ª, tit. XVII (44 de Toro). *El que ficiere un Mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra ó de los Reyes que de Nos vinieren, ora por via de contrato, ora en cualquier última voluntad, despues de fecho, puédalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo ficiere por contrato entre vivos hobiere entregado la posesion de la cosa ó cosas contenidas en el dicho Mayorazgo á la persona á quien lo ficiere, ó á quien su poder hobiere, ó le hobiere entregado la escritura dello ante escribano, ó si el dicho contrato de Mayorazgo se hobiere hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento ó por otra causa semejante; que en estos casos mandamos que no se puedan revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estuviese cláusula para que despues de fecho lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo fizo el que lo instituyó reservase en la misma escritura que fizo del dicho Mayorazyo el poder para lo revocar; que en estos casos mandamos que despues de fecho lo pueda revocar.*

Esta ley dispone sobre Mayorazgos lo que la 17 acerca de mejoras: con lo cual hemos dicho lo bastante para que se comprenda que los comentaristas partidarios de analogías involucran las doctrinas, y tratan aqui las de aquella. Debemos estudiarlos, porque asi lo exige la ciencia, pero no seguirlos completamente porque asi lo requiere el órden.

La ley se resume en un solo pensamiento, á saber: que el Mayorazgo, ora se haga por contrato, ora por testamento, es revocable: tenia forzosamente que serlo como obra de la voluntad que es mudable: la irrevocabilidad supone abdicacion, y esta solo se presume cuando hay motivos ciertos sobre que fundarla: de esos motivos habla la ley, que son: 1.° La entrega ó posesion de las cosas del Mayorazgo: 2.° La entrega de la escritura del mismo: 3.° Si el contrato se hubiere hecho por causa onerosa con un tercero: todavía en estos casos que solo pueden tener lugar en el Mayorazgo hecho por contrato, seria revocable, si la licencia del Rey contenia esta cláusula ó si el mismo que le instituyó se reservó en la escritura el derecho de revocarle.

Si se desea conocer nuestra opinion acerca de la necesidad de esta ley, contestaremos que inútil no era, pues convenia fijar la naturaleza del Mayorazgo, decir si daba lugar al arrepentimiento. Tampoco negaremos que hubo alguna razon para asimilarle á las mejoras y casi disponer que se rigiera por las mismas reglas. El Mayorazgo no es un acto de justicia como la herencia, y puede ser concesion de gracia como la mejora, y hasta tal punto, que las de tercio y quinto son susceptibles del gravámen de sumision y restitucion como dice la ley 27, que á su tiempo esplicaremos. En cuanto á saber si la doctrina es mejor ó peor, si la ley es ó no clara y precisa, podemos reservar nuestro juicio: cada cual formará el suyo viendo las dudas mas ó menos fundadas de todos los autores.

Palacios es sumamente lacónico, y segun hemos dicho alguna vez, es lástima que el autor de estas leyes se cuidase tan poco de esplicar su historia, ya que se escedió como el que mas en presentar sus dudas. Las principales que hubiera podido examinar con ocasion de esta ley, las dejó examinadas al comentar la 17, donde será preciso consultarle si se desea conocer la opinion siempre ilustrada de este jurisconsulto.

Molina escogió lugar mas oportuno estudiándola en el libro IV, donde examina las causas que afectan á la naturaleza del Mayorazgo, y entre ellas como es consiguiente las cau-

sas de revocacion. El Mayorazgo, es por su naturaleza revocable, advirtiendo que la ley al proclamarlo así hace una declaracion y envuelve una enseñanza. Manifiesta que el Mayorazgo se constituye por contrato y por testamento, que son dos las fuentes y pueden ser dos las formas de instituir el Mayorazgo, ó por acto entre vivos ó por causa de muerte. ¿Es indiferente esta distincion? No por cierto; ojalá nos permitiese esta obra analizar todas las consecuencias que de ella podrian deducirse: en la imposibilidad de hacerlo, aunque sin renunciar á cualquiera esplicacion oportuna, nos limitamos á decir que como contrato, admite las reglas de todos; como acto testamentario, admite las reglas de las últimas voluntades.

Pero la idea principal, la que la ley desenvuelve es la de revocabilidad: de tal modo conviene este carácter al Mayorazgo, que no solo es posible revocarle en cuanto á los llamamientos mudando y alterando sus condiciones, sino suprimirle por completo, dejando sus bienes completamente libres; ni puede ser otra cosa, porque ya se constituyan por contrato, ya por testamento, participan de última voluntad y son revocables como ella. Pero recordemos con dicho autor: aunque tanto unos como otros Mayorazgos sean revocables, hay no obstante una diferencia que hacer entre los que se dejan por testamento y los que se instituyen por contrato. Los primeros en ningun caso son irrevocables: *nullo pacto valent irrevocabilia esse;* y es que tampoco hay medio de hacer los testamentos irrevocables. Los segundos, ya se instituyan con facultad real ó sin ella, pueden ser revocables en los tres casos citados por la ley.

El primero es la entrega de las cosas constitutivas del Mayorazgo. La tradicion puede hacerse en distintos conceptos. Molina los analiza y cree que la que se verifica por constituto, por precario. y aun en nuda propiedad, seria bastante para que se cumpliese el requisito de la ley. El caso es interpretar la voluntad del fundador, y cuando al contrato acompaña la entrega, lo derecho es presumir que no quiere uno retractarse de la voluntad manifestada y cumplida.

Lo mismo acontece con la escritura: su entrega es la figu-

racion simbólica de la del Mayorazgo, y equivale á la tradicion que se hiciese de las cosas que le componen.

La tercera causa de irrevocabilidad se funda en el contrato hecho por título oneroso con un tercero como por via de casamiento ú otra causa semejante; mas para que esto se comprenda bien, es de advertir que no bastaria que el Mayorazgo se hubiese instituido por causa de dote ú otra causa; es necesario que se haga con otro tercero: *nisi id cum tertio ex eo interesse prætendenti factum fuerit* (Molina, núm. 16). Solo cuando concurran ambos estremos será irrevocable; y así, figurando un caso, dice: supongamos que se ha constituido un Mayorazgo en general por via ó para el caso de matrimonio, y que despues el sucesor del Mayorazgo, mediante ese título, contrae matrimonio, desde entonces se hace irrevocable: *iam enim ex tertii interventu ea dispositio irrevocabilis facta fuit nec debet ex ea ipse tertius circunveniri.*

Hemos creido que debíamos á lo menos dar esta idea de la ley, no nos sucediera lo que á Sancho Llamas, que por empeñarse en otra porcion de cuestiones, evidentemente se olvidó de que la estaba esplicando. Estudiaremos ahora á este autor para juzgar del mérito é importancia de sus dudas.

En el núm. 3.° de su comentario se propone lo siguiente: Si el Mayorazgo hecho por testamento será irrevocable por la entrega de la posesion de la cosa. Gomez habia examinado esta dificultad en el núm. 24 de la ley 17, y aunque por haber cumplido con el requisito de la ley que era la entrega, podia considerarse la mejora, ó sea el Mayorazgo irrevocable, creia no obstante, lo contrario, porque la ley que así lo disponia, no hablaba de Mayorazgo instituido por última voluntad, sino por via de contrato; *quia nostra lex et ejus dispositio quæ habet quod melioratio (majoratus), non possit revocari secuta traditione, debet intelligi quando fit per viam contractus: secus si per viam ultimæ voluntatis.* Solo de una manera le parece posible, y es siguiendo la distincion que Acevedo propone en la ley 1.ª, tít VI, Rec. núm. 28. Si la posesion de la cosa dejada en testamento se entrega *simpliciter*, sin hacer mencion de haberse dejado en testamento, se hará irre-

vocable, porque pasa el legado á ser donacion entre vivos; pero si la posesion se entrega en consideracion al legado, no perderá su naturaleza y efectos, y quedará revocable.

Esta era una de las cuestiones que Molina llamó graves en el núm. 19, ocupándose de su resolucion en el 20, parece acomodarse á la distincion de Gomez y Tello, los cuales, dice, no conceden que el Mayorazgo instituido por testamento, se haga irrevocable por la tradicion cuando la entrega se verificó en conmemoracion de dicho Mayorazgo, sino solo cuando se hizo *simpliciter*, en cuyo caso no puede afirmarse que la tradicion se haya hecho *ex testamento sed ex nova donatione inter vivos, quæ ex traditione resultat.* Tal es la doctrina del autor en el segundo párrafo de este número, mas en el tercero añade que, aunque quizás eso en general pueda admitirse en las mejoras, difícilmente se adapta á los Mayorazgos. *Male tamen ad majoratum de quibus agimus, adaptari potest.*

El resultado de todo, que despues de tanto disertar, no siendo posible fundar sobre una sutileza una infraccion, tenemos que convenir con Llamas, en que la fundacion de un Mayorazgo hecha en testamento, será siempre revocable hasta la muerte del testador, aunque haya mediado la entrega de la posesion (22, 26 etc.)

Posicion civil.—Ley 1.ª, tít. XXIV, lib. XI, Novísima Recopilacion (45 de Toro.)—*Mandamos que las cosas que son de Mayorazgo, agora sean villas ó fortalezas, ó de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del Mayorazgo, ó el muerto ó el dicho tenedor le haya dado la posesion de ellas.*

Al ver que Sancho Llamas ocupa 271 números con el comentario de esta ley, y que los demás autores poco mas ó menos hacen lo mismo, se creeria que la ley es difícil; pero nada tiene de eso: no puede ser mas lacónica; no ha podido

estar redactada en términos mas claros. El Mayorazgo obedece, digámoslo así, á una voluntad suprema: marcado desde su origen el órden de sucesion, van reemplazándose de una en otra las personas en virtud de un mismo llamamiento: ¿podrá quedar escluido de su derecho, el inmediato en grado por puro capricho de su antecesor? No: solo el designado para suceder en el vínculo es el llamado á la posesion, en la cual entra tan pronto como el antecesor muere sin ningun acto de aprehension de posesion.

Este es el precepto de la ley: nos falta conocer su razon; nos falta esplicarle; pues aunque no sigamos las huellas de los intérpretes, ni reproduzcamos sus cuestiones, conviene recordar el mérito de las que producen; hallar una esplicacion científica, ya que no sea difícil la esplicacion literal.

La base de sus razonamientos, es la doctrina sobre posesion, y el exámen de las acciones correspondientes al sucesor en el vínculo. Nosotros podemos simplificar mucho este trabajo, porque no necesitamos tomar pié de una palabra para formar sobre ella un tratado: el de posesion tiene su lugar correspondiente en esta obra; y porque sobre no correspondernos directamente cuanto se refiere á la parte procesal, solo bajo el aspecto histórico vamos á recordar juicios que corresponden á pasados tiempos, que no ofrecen interés de actualidad. Mas si deseamos limitar las noticias, tampoco podemos escusarlas: espondremos las que sean conducentes para la mjeor inteligencia de la ley.

Como precedente de esta materia, recordaremos que con arreglo al derecho de Partidas, el dominio y posesion de la cosa donada, se trasmitian al donatario *ipso jure*.

Fíjanse todos los autores en la declaracion de la ley 7.ª título IV, Part. V, que dice así: *Y de aquel dia en adelante ganarian la posesion y señorio della sus herederos del que oviese hecho la donacion ó el otro á quien nombrase para hacerla*, La regla fué, pues, anterior á las leyes de Toro; mas como no se hallaba espresamente establecida en causas de Mayorazgos, convenia, dice Molina, ampliarla, añadiendo, en lo cual la ley

Taurina completa á la de Partida, que procediese su disposicion *etiam si possesio in morte vel in vita ultimi majoratus possesoris in aliun translata fuisset* (núm. 5, cap. XII, lib. III).

Esta adicion que constituye una novedad respecto al derecho de Partida, dice el autor, que pudo traer origen de leyes y estatutos de Francia y de casi toda la Italia, que disponian que la posesion del difunto se continuára en el heredero sin acto alguno de aprehension, como lo afirma Tiraquelo en el tratado: *le mort saisit le vif.* De estos precedentes, añade, solo en una cosa se aparta nuestra ley. Aquellos estatutos no trasferian al heredero la posesion de que estaba privado el testador al tiempo de la muerte: *Imo communiter limitari solent: nisi possesio per tertium occupata fuerit:* cuya limitacion se hacia *ne fictio traslationis possesionis in præjuditium tertii introducatur, vel plures fictiones circa idem concurrant.* Nuestra ley, por el contrario, trasfiere la posesion del Mayorazgo aunque otro le detente, aunque se halle en poder ajeno: en esa parte, como dice Tiraquelo y afirma Molina, ó nada hay que se le parezca, ó se asemeja al estatuto de Milan, *quo dispossitum est possesionis occupationem ab alio interim factam nullius esse momenti.*

Mediante la no conformidad absoluta de esta declaracion con sus precedentes, algunos son de parecer que debe interpretarse en sentido estricto, que no se debe estender de un caso á otro: *ideoque non dubium est quin ea lex stricte accipienda, nec de casu ad casum extendenda sit.* Molina rechaza esta consecuencia negando el supuesto: nuestra ley es conforme en un punto y contraria en otro al derecho comun; pero en cualquiera de los dos casos dice: nosotros no tenemos mas derecho comun que nuestras leyes: las de las Pandectas y todas las imperiales no se han de recibir como leyes, sino como dichos de los sábios: *nec leges Pandectarum nec Imperatorum in his Regnis tanquam leges: sed tanquam dicta sapientium accipienda sunt.* Advierte finalmente que aunque por la ley de Toro se trasfiere la posesion natural y civil del Mayorazgo mas que otro le posea, *etiam tertio possidente,* el sucesor en el Mayorazgo no puede espeler de la posesion á dicho tercer poseedor de propia autoridad, sino que tendrá que pro-

poner el correspondiente interdicto, materia que reserva para el siguiente capítulo.

Aquí pondríamos fin al comentario si no viésemos la dificultad que hallan los autores para concebir cómo pueda existir la posesion sin acto alguno de aprehension. Tan dudoso les parece este concepto que no encuentran medio de esplicarle, ni aun echando mano al arsenal de sus interminables sutilezas. Nosotros no vemos en eso una dificultad, y menos un inconveniente para aplicar la ley. Imaginan los autores que no puede ser verdadera una posesion que se funda en una ficcion de derecho; parece en verdad imposible que deje de ser fingida una posesion faltando el requisito esencial de todas: sin embargo, Baldo reconoce *quod vera possesio potest adquiri absque actu corporeo:* eso acontece cuando la posesion se defiere por ministerio de la ley, y como en semejante caso se halla la del Mayorazgo, por eso se la llama *civilísima,* que es el nombre usado por el comentador para denotar toda posesion irresistible en su causa. No hay intervalo, no hay solucion de continuidad en un derecho que sobrevive al poseedor en la persona del siguiente, mas que este sea furioso, ó imbécil, concebido y no nato.

Precisamente de aquí nace la controversia que promueven los autores acerca de si la posesion es la misma ó distinta de la anterior: creen unos que es absolutamente idéntica, porque si segun la ley el heredero ha de reemplazar al difunto, claro es que ha de ser con todas sus condiciones; de otro modo no se diria que continuaba la posesion que es lo que significa la palabra *se transpase.* Molina dice que la posesion es diversa en cuanto á la sustancia y el efecto actual, pero que es la misma en cuanto á la habitual; por manera que el sucesor en el Mayorazgo es tenido como poseedor, no de otra manera que lo hubiese sido el difunto si viviere.

Otra frase hay en la ley que ha provocado entre los autores profundas disidencias: ¿cuál es esa posesion civil y natural que pasa al siguiente en grado? ¿Qué diferencia hay entre la posesion civil y natural? Molina se preocupa poco de esta

dificultad. Posadilla la resuelve por los principios comunes de posesion. Llamas es quien se empeña en largas investigaciones. Para nosotros todo está demás: semejantes palabras no eran nuevas en la ciencia: la ley no podia usarlas en distinto sentido que les dieron los textos romanos y sus infinitas glosas; nada haríamos con repetir su esposicion que tiene su lugar oportuno; eso sin conceder que ofrezca dudas la inteligencia de tales palabras.

La ley añade: *aunque otro haya tomado la posesion de los bienes en vida del tenedor del Mayorazgo, etc.*, y como no querria autorizar para cada sucesion una batalla, nace de aquí otra nueva dificultad: ¿hay algun recurso en derecho, y cuál seria en su caso el que emplease el sucesor para conseguir los bienes? Si hemos de contestar á esta pregunta, no tenemos mas remedio que entrar en la materia de interdictos. Pero la materia nunca ha sido fácil, hoy ni aun es práctica: solo porque no se diga que dejamos defectuoso el comentario, trascribiremos algunos apuntes de Sancho Llamas, que nos parece, aunque como siempre difuso, bastante ordenado en este punto. El autor cree indispensable distinguir tres épocas: 1.ª Desde la publicacion de la ley de Toro en 1505 hasta la formacion de la 2.ª, tít. XXIV, lib. XI de la Nov. Rec. en 1543: 2.ª Desde esta hasta la publicacion de la 3.ª del mismo título y libro, publicada diez y siete años despues, y 3.ª Desde esta que se publicó el 1560 en adelante.

Palacios Rubios que alcanzó solo la primera época, suponia que el interdicto que debiera ejercitarse era el de recuperar la posesion alegando, aunque infundadamente, pues ninguna aplicacion tiene al caso la ley 7.ª *ad legem Juliam de vi publica et privata* y la 1.ª título de la Restitucion de los despojados, lib. 3.° del Ordenamiento (3.ª, lib. XI, tít. XXXIV de la Novísima), la cual únicamente dispone que cuando alguno dejare descendientes ó parientes inmediatos que tengan derecho de heredar por testamento ó abintestato, ninguno sea osado de tomar la posesion de aquellos bienes aunque se halle vacante, y si la tomare pierda el derecho.

Debe observarse que en esta primera época no conocia el Consejo de los juicios de Tenuta, sino los tribunales de provincia de la posesion con arreglo á la ley, segun afirma Llamas refiriéndose á Paz (180).

La ley 2.ª, tít. XXIV, antes citada, dispuso que el Consejo conociera por sí ó comisionase persona que oyera á las partes en el término de cincuenta dias, pasados los cuales, sin otra audiencia diera sentencia, la cual fuera ejecutiva aunque se admitiese suplicacion. La segunda instancia habia de terminar dentro de cuarenta dias, y la sentencia confirmatoria ó revocatoria era ejecutiva. Por ella sin embargo se concede la tenencia de los bienes, y el negocio volvia á la Audiencia para que se conociese de él en posesion y en propiedad. Pasado medio año de la muerte del último poseedor no procedia aquel recurso, y el asunto deberia ser remitido á la Audiencia.

Ni Gomez ni Covarrubias hacen mencion de esta ley, aunque por el tiempo en que el uno publicó sus *Comentarios*, y el otro sus *Cuestiones Prácticas*, podian ya haber tenido noticia de ella, así es que el primero dice que si dos que pretenden ser sucesores de un Mayorazgo, y que se les ha trasferido la posesion civil y natural, piden que se les mantenga y defienda en la posesion, el juez conocerá sumaria y brevemente admitiendo prueba sobre dicha posesion, y poner en ella al que la haya probado mejor, amparándolo hasta que se examine el asunto en juicio plenario posesorio.

Otros autores que existieron cuando ya estaba derogada, la pasaron tambien en silencio, mas no cabe duda que siendo el juicio de tenuta un equivalente del de interin; así como en este caso no podian tener lugar los interdictos posesorios, tampoco eran admisibles en el de tenuta.

La tercera época principia con la ley 3.ª Esta dice: en los pleitos de bienes de Mayorazgo en que con arreglo á la ley 2.ª entiende el Consejo, determinados que sean en vista y revista, la remision se haga á las Audiencias en cuanto á la propiedad; de modo que la sentencia del Consejo sea y se entienda ser sobre la posesion, y que sobre lo que así se haya sentenciado,

no pueda haber otro juicio posesorio. Los jurisconsultos que han escrito con posterioridad á esta disposicion, uno de ellos Molina, afirma en el libro y capítulo citados, núms. 2.° hasta el 6.°, que el verdadero sucesor en el Mayorazgo á quien se ha trasferido la posesion civil y natural, puede intentar el interdicto *adipiscendæ* para conseguir la posesion actual y real. Gomez habia sostenido la propia opinion, como puede verse en el núm. 118 de la presente ley. Fundan su dictámen en que si bien es cierto que por la ley se trasfiere *ipso jure* la posesion, mientras tenga otro la natural detentacion, aquella no es plena, y por consiguiente necesitan de este remedio para conseguirla; citan en su apoyo el ejemplo de otras leyes que resuelven casos análogos. Molina añade nuevos recursos, cree que podria usar y anular las tres segun el estado y situacion de las fincas que comprendian el Mayorazgo, pues de algunas tendria que pedir la posesion, en otras que fuese amparado, y en otras el ser restituido.

Este comentario va siendo demasiado estenso: dejamos á nuestros lectores el encargo de leer los intérpretes si desean conocer á fondo la doctrina. Es para nosotros tan sencillo el origen de la duda, que sin hacer uso de conocimientos que envidiamos, creemos la solucion fácil. Llamas opina que el interdicto que compete al sucesor en el vínculo, y el que debe usar es el de *retinendæ possesionis;* añadiendo que el mismo Gomez no ha podido menos de conocerlo así, presentando al final del núm. 120 la peticion que suelen hacer los abogados, reducida á pedir que se declare al demandante sucesor y poseedor, y que por lo tanto se condene al demandado que no le moleste, perturbe, ni inquiete en su posesion, y de consiguiente que le restituya las cosas que detenta, y que sea condenado á la restitucion de frutos. Llamas discurre bien: ¿para qué pedir lo que ya se tiene? si el sucesor de un Mayorazgo es poseedor por la ley, ¿para qué ha de pedir la posesion? Pedirá ser mantenido en ella, que le restituyan si otro la detenta; el interdicto de adquirir supondria lo que no es posible, que estaba privado de la posesion,

que por eso la pedia. Ahora bien: no fueron tan ignorantes los defensores de la opinion contraria, que desconocieran los efectos de esta ley. Nosotros hemos recordado algunas de las palabras con que Molina principia su capítulo; él dice: «La ley trasfiere del poseedor á su inmediato la posesion del vínculo;» pero con haberlo dicho asi, con declarar que se ha trasferido de uno en otro la posesion, ¿qué habria ganado el sucesor si no dispone de ella? ¿la tiene real y efectivamente cuando otro la detenta? ¿puede lanzarle de propia autoridad? ¿cómo se ha de decir que ha sido inquietado en la posesion un hombre que no ha entrado en ella? La ley da al sucesor del Mayorazgo todo lo que puede, la posesion civil y natural; no le da aquello de que no dispone, lo que otro tiene, la materialidad, el hecho de la posesion, eso puede pedirlo, ¿por qué fórmula? ¿en virtud de qué medio? Si nos empeñamos en profundizar, vamos á tener que contestar con una abstraccion; diremos únicamente que si dando por supuesta la posesion, no procede ejercitar el interdicto para adquirirla, tampoco el interdicto de retenerla, porque es mas que inquietar, es causar un despojo retener cosas cuya posesion civil y natural pertenece al poseedor de un Mayorazgo. Un caso que daba antes lugar á tantos litigios, hoy apenas es posible. Pero se nos ha hecho lástima pasar en olvido una cuestion erudita: esperamos que se nos perdone, pues no por eso descuidaremos el nuevo derecho que han producido las leyes desvinculadoras.

Molina hace una observacion que no debemos pasar desapercibida: conviene, dice, tener siempre á la vista, que aunque el remedio de que se trata sea posesorio, es de tal cualidad y naturaleza que lleva siempre inherente y mezclada la propiedad, de tal manera que en él nadie puede prevalecer si no el que probare antes que es el verdadero sucesor en el Mayorazgo: *adeo ut in eo non possit obtinere nisi ille qui prius se esse verum ipsius majoratus successorem probaberit.* El autor prueba esta tésis por varias razones en el núm. 10 del cap. XIII, lib. III citados; pero las abrevia todas la declaracion terminante de la ley de Toro; muerto el poseedor del Mayorazgo la posesion

civil y natural de los bienes del mismo Mayorazgo pase á aquel sucesor que segun la disposicion del Mayorazgo debiere de suceder en él, de cuyas palabras se colige que para que se ponga á uno en posesicn de un Mayorazgo, primero se ha de tratar y discutir si es ó no verdadero y legítimo sucesor, cuyo estremo, segun se vé, toca ya á la causa de la propiedad. Palacios Rubios habia formado el mismo concepto de la ley, pues en el núm. 2.° de su comentario, dice que quien pretendiera usar de este remedio, debia probar que él era el llamado, sin la menor duda: *is qui prætendit in se translatam possesionem rerum majoratus, absque ulla dubitatione sit vocatus ad illum majoratum post mortem possesoris.*

No es nuevo que los interdictos posesorios lleven envuelta en sí la causa de propiedad, como se resuelve en la ley 2.ª *D. interdictis*, y en la ley 1.ª *quorum bonorum*. De esta doctrina infiere en el núm. 12, que en este juicio deben admitirse las escepciones concernientes á la propiedad, porque lo que se opone á ella se opone por el mismo hecho á la posesion, sobre todo siendo de las que se prueban incontinenti, que son las que pueden probarse dentro del término señalado á la instancia y causa principal.

Entre las varias consecuencias que el autor deduce de este principio, una de ellas es, que las pruebas hechas en el juicio posesorio, hagan fé en el petitorio, porque dicho juicio lleva aneja la causa de propiedad. *Probationes tamen factæ in hoc judicio possesorio proculdubio fidem facient in petitorio, cum hoc interdictum habeat annexam am causam propietatis* (21).

Trátanse en el mismo juicio las cuestiones de espurios, ilegitimados, incapacitados y cuantas pudieran contribuir á declarar inhábil la persona del poseedor, y esto por la razon ya espuesta, á saber: que la posesion del Mayorazgo no pasa sino á aquel que es verdadero y legítimo sucesor del mismo: los espurios, ilegitimos ó incapacitados son admitidos probando en aquel juicio que han sido llamados por disposicion del fundador (24).

De otra cuestion se ocupa Llamas, suscitada por D. Cris-

tóbal de Paz, á saber: si el que ha obtenido sentencia de tenuta gozará el privilegio de reo en el juicio de propiedad, trasfiriendo en su contrario la obligacion de probar el dominio. Esta duda pudo tener algun fundamento en el antiguo procedimiento; pero siendo el pleito de tenuta, verdadero pleito de posesion, y no así como se quiera, sino que lleva aneja la causa de la propiedad, el poseedor del vínculo sigue la condicion de todos: la duda de Paz está resuelta por los principios comunes.

Pendiente el pleito de tenuta solia promoverse el de administracion de bienes; seguiase este incidente en el Consejo, segun lo dispuesto por el Sr. D. Fernando VI en su Real órden de 1750, inserta en la ley 8.ª, tít. XXIV, lib. XI de la Novísima Recopilacion, debia sustanciarse en el término perentorio de cuarenta dias, y porlos trámites de dicha ley á que nos referimos, porque de este como de todos los negocios, conoceria en su caso el Juzgado de primera instancia.

Sucesion de ascendientes ó transversales. —Ley 5.ª, título XVII, lib. X (40 de Toro).—[1]*En la sucesion del Mayorazgo, aunque el fijo mayor muera en vida del tenedor del Mayorazgo ó de aquel á quien pertenece, si el tal fijo mayor dejare fijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del fijo mayor por su órden prefieran al fijo segundo del dicho tenedor ó de aquel á quien el dicho Mayorazgo perteneció, lo cual no solamente mandamos que se guarde é platique en la sucesion del Mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la sucesion de los Mayorazgos á los transversales, de manera que siempre el fijo y sus descendientes legítimos por su órden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos Mayorazgos,* [2]*salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó el Mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.*

La cuestion de preferencia entre el tio y el sobrino fué siempre difícil: ha sido largamente tratada por los jurisconsultos, y ventilada mas de una vez en el terreno de las armas. El hijo segundogénito parece tener mayores derechos

por estar en mas próximo grado, ser hijo del anterior poseedor, y por lo comun de mayor edad que su sobrino. Este á su vez puede fundar su preferencia en que, representando á su padre, ocupa el mismo grado, y además es de la línea del primogénito. Pero no es la preferencia por derecho natural lo que se va buscando: la disputa podria tener sus partidarios antes de existir una ley; hoy que la tenemos, es menos necesaria la controversia, mas fácil la resolucion.

Dejamos ya copiado el texto de la ley 2.ª, título XV, Partida II. En ella se previene que si el hijo primogénito muriese dejando hijo é hija, el hijo é hija deben suceder en el Reino, escluyendo á los demás. Toda la dificultad consistiria en saber si el órden seguido para la sucesion en la Corona se aplicó desde luego á los Mayorazgos. Molina afirma que sí, remitiéndose á cierto pleito sobre el Mayorazgo de Perasano de Ribera, en el cual fueron consultados jurisconsultos tan célebres como Paulo de Castro, y todos respondieron que el nieto debia ser preferido al tio, cuya opinion prevaleció en el juicio. Cierto es que dicha ley parece á primera vista limitada á la sucesion del Reino; pero las palabras *mayoría en nacer primero es grand señal de amor* son de tal generalidad que pueden aplicarse á todos los primogénitos.

Ha habido una razon poderosísima para que á pesar de esto prevaleciendo la doctrina contraria, se haya concedido al tio la preferencia sobre su sobrino. No erró tanto como á Molina le parece Manuel Acosta al sostener en las páginas 165 y 178, que si despues de la ley 2.ª, tít. XV de Partida, y antes de la ley 40 de Toro se hubiese promovido pleito sobre la sucesion de un Mayorazgo en Castilla entre tio y sobrino, se habria considerado mejor el derecho del primero que del segundo. Este varon doctísimo se equivocó, sí, en la razon que invoca; pues sabido es por demás, que la Ley Alfonsina, aunque limitada en su objeto, no lo fué en sus aplicaciones. La verdadera razon es otra. ¿Cuál fué la eficacia de esa ley? ¿Tuvo autoridad el Código de las Partidas? Si la tuvo, ¿cómo D. Sancho fué coronado Rey en perjuicio del derecho de los hijos de la

Cerda? D. Sancho el Bravo fué jurado por sucesor á la Corona en las Córtes de Segovia, celebrádas el año 1276; es decir, cuando ya se habian publicado las Partidas. ¿Se quiere mayor prueba de que carecian de autoridad que verlas desatendidas precisamente en el primer caso que debian haber tenido efecto? Tal vez no es inexacto lo que Jovellanos decia en carta dirigida al Dr. San Miguel de la Universidad de Oviedo, sobre el orígen y autoridad de nuestros Códigos: «El Rey D. Sancho, tratando de usurpar la corona al hijo del Infante de la Cerda, su hermano mayor, á quien por derecho de representacion pertenecia, hizo desaparecer de la Cancillería la órden de publicacion de aquel Código; pues que entonces se sancionaban las leyes por un privilegio confirmado en Córtes, y se revocaban del mismo modo.» Que esta fuera y no otra la causa de su falta de promulgacion, es cosa mal averiguada; mas hay un testimonio cuya autenticidad no puede ponerse en duda: son las solemnes y testuales palabras de D. Alonso XI, que en 1348 confirma la obra de su antecesor, *como quier que non se falla que fueran habidas por leyes*. De modo que entre la ley ó las antiguas costumbres, que siguiendo los instintos de la naturaleza, suponian de mejor derecho al tio que al sobrino, y la imposibilidad de que triunfara sobre esa doctrina la de representacion justa y legitima, pero fundada al cabo sobre una ficcion, no es raro que la cuestion quédase indecisa, y que alguna vez se fallara en favor del tio.

Debemos, sin embargo, hacer una observacion, dar unidad á nuestro pensamiento: nosotros hemos sostenido que si la autoridad legal de este código es controvertible, no lo es ni puede serlo lá autoridad moral que tuvo desde su principio. No vamos á juzgar la clasificacion arbitraria de Marina sobre la observancia de este código: pero en la relacion de este escritor, aunque no corresponda á su objeto, hay gran verdad. «La ley de Partida que establece el derecho de representacion para suceder en el Reino, prefiriendo el nieto del Monarca reinante, á sus tios, hermanos de este, fué mirada con respeto por el Sábio Rey y por la parte mas sana de la nacion. D. Fernan-

do de la Cerda, príncipe heredero de la Corona como primogénito de D. Alonso el Sábio, estando para morir, recordó á don Juan Nuñez el derecho que para suceder en los Estados de su padre asistia á su hijo D. Alonso de la Cerda, rogándole encarecidamente no descuidase asegurar aquel derecho en su posteridad.» *Y porque hoviese mayor cuidado deste hecho*, añade la Crónica, *encomendole la crianza de aquel D. Alonso su hijo... y D. Juan Nuñez prometió gelo cumpliria* (427). Sigue Marina esponiendo los medios de que se valió D. Sancho para usurpar la Corona á sus sobrinos, etc. Recuerda en prueba de la usurpacion de este príncipe las Córtes de Segovia donde se hizo su proclamacion, y cita las palabras que en otras celebradas el 1386 en dicha ciudad pronunció D. Juan I, el cual reconoció el preferente derecho de los de la Cerda, como lo denotan las siguientes palabras de su oracion: *vosotros sabedes... que veviendo el Rey D. Alfonso, murió el infante D. Fernando su fijo primogénito heredero é asi quedaron los dichos sus fijos é infante D. Sancho su tio, á los cuales fijos del dicho infante D. Fernando pertenescian los dichos Regnos de Castilla despues de la muerte de su abuelo, é non al tio D. Sancho segun derecho* (434).... Los letrados, prosigue Marina, que florecieron en tiempo de D. Juan I, estaban tan persuadidos de esta verdad, que Alvar Martinez de Villareal, doctor en leyes y en decretos, enviado con otros por aquel Monarca para razonar en presencia del duque de Alencastre y convencerle de que no le asistia derecho alguno para aspirar á estos reinos, fundó su discurso en que Doña Constanza su mujer venia por línea recta de don Sancho el Bravo y no de los Cerdas legítimos y únicos herederos de la Corona de Castilla. Hablaba con tanta confianza, que al concluir su razonamiento llegó á decir: «E señor si algunos letrados ha que contra esto quisieren decir algo, yo so presto para lo disputar ó probar por derecho que es así como yo digo (435).»

Bien puede llamarse general una doctrina que de este modo se defendia y razonaba en plena Córte por grandes letrados, y que tuvo su consagracion desde el reinado de don

Alonso XI. Por manera, que restablecida la eficacia de esta ley, viendo su contenido y los precedentes sobre que descansa, hasta podria ser cierto, como dice Molina, que no solo los Mayorazgos posteriores á las Partidas, sino los fundados con anterioridad, admiten para su interpretacion la 40 de Toro que estamos examinando.

Covarrubias, que por el voto de todos es uno de los que mejor han tratado la ley, funda sus motivos en que por toda institucion de Mayorazgo siempre se considera llamada la linea recta de los primogénitos sucesivamente hasta lo infinito de primogénito en primogénito. Regla que no solo ha comprendido al hijo del primogénito sino al nieto y todos los primogénitos descendientes que fueren llamados lo mismo en la linea de los descendientes que en la de los trasversales. De tal manera es asi, que mientras quede uno, dice Molina, de la linea de aquel que una vez ha adquirido el derecho de primogenitura, no debe ser admitido ninguno que proceda de otra linea: *dum supererit aliquis ex linea illius qui semel jus primogenituræ acquisivit, nullus qui ex alia linea procedat admittendus erit* (Número 29, capítulo VI, libro III).

A este principio era consiguiente otro. Como el hijo del primogénito, en vida de su padre adquiere ya este carácter, la sucesion del Mayorazgo, aun cuando él muera, se defiere al nieto y sus descendientes en linea recta primogénita. La justificacion, si la necesitara la ley, la encontramos en Baldo, quien á este propósito dijo: *primogenitus nascendo se inclusit, et per consequens exclusit perpetuo secundogenitum.* Por consiguiente, ni este ni ninguno que de su linea proceda puede disputar su lugar al primogénito que hace la primera cabeza en la linea de los descendientes, mientras que el segundogénito hace la segunda.

De corolario en corolario podrian fijarse cuantas reglas determinan esta sucesion. Se dice por ejemplo que el derecho de primogenitura no debe salir de la linea en que una vez ha entrado, y esto es bien sencillo: cuando la sucesion ha entrado en una linea, no debe hacer tránsito á otra como no sea que falten todos los que procediesen de aquella linea:

luego el derecho de primogenitura tampoco debe salir de aquella línea en que una vez ha radicado, pues la misma razon que ha habido para que el fundador del Mayorazgo prefiriese el primogénito, existe para creer que ha preferido á los hijos de este. Que tal haya sido la mente del legislador, aparece comprobado por las siguientes palabras de la ley de Partida: *Pusieron que el Señorio del Reino le heredasen siempre aquellos que viniesen por linea derecha.* Esto en buenas palabras significa que por regla general, la linea de los primogénitos es siempre antepuesta á las demás: el órden gradual espreso á continuacion lo confirma: *Si hijo mayor no oviese, la hija mayor herede el Reino, si el fijo mayor muriese ante que heredase, si dejase hijo ó hija que oviese de su muger legitima que aquel ó aquella lo oviese.* Aquí prevalece la idea de que la línea de los descendientes sea preferida á la trasversal: la hija es llamada en defecto de varon, y aunque los dos mueran, los hijos tienen el lugar de sus padres.

Pudiera objetarse que la línea no puede principiar sino por aquel que adquirió la sucesion. Molina, haciéndose cargo de esta dificultad, la desenvuelve en estos términos: ¿De qué línea se habla? Pues ó se habla de la del último poseedor ó de la del primogénito: si es de la del poseedor, no se dice que constituye línea sino el que sucedió en el Mayorazgo: si es de la del primogénito, el que nació primero adquirió desde luego el derecho de primogenitura constituyendo esta línea para sí y sus descendientes. Hay en efecto dos modos de considerar la sucesion en el Mayorazgo regular: el primogénito desde que nace, la adquiere *in habitu*, real y efectivamente se le defiere cuando entra en ella por muerte de su padre.

La representacion establecida por la ley no es la que rige para las herencias: hay, como Llamas advierte, algunas diferencias que conviene recordar para no incurrir en equivocaciones. En las herencias pueden ser muchas ó mas de una las personas que vienen á representar el grado del padre, y la representacion sirve para dividir la herencia. En los Mayorazgos el representante es uno solo, y representa no solo el gra-

do sino la mayoria ó primogenitura, y á veces la masculinidad ó sexo y la representacion no se dirige á concurrir con otros á la sucesion, sino á escluirlos positivamente de ella. En la sucesion hereditaria, la representacion en la linea de los colaterales no se estiende mas que al tercer grado, y en la de los Mayorazgos es ilimitada (109).

Despues de esa indicacion no podemos seguir á estos autores en la cuestion que tan largamente debaten sobre si la frase de la ley *representen la persona de sus padres* se refiere al grado de proximidad ó á la cualidad de primogenitura. Nos entretendria esto demasiado y todo sin objeto, porque la ley es bien clara, el órden y la preferencia en la sucesion se hallan bien establecidos. Pero si omitimos esta cuestion, no podemos omitir una advertencia. La hace Llamas en el número 150, y quizás sirva para precaver algun error. Toda representacion se verifica siempre en linea recta ó de descendientes, y el llamarse una de línea recta y otra de colateral, no proviene de que el representado y el representante no se hallen siempre en la línea recta ó de descendientes, sino del objeto á que se dirige la representacion que es la sucesiva, la que cuando pasa á un colateral del último poseedor en virtud de la representacion, se dice que es de línea colateral, y cuando pasa á un descendiente se llama de línea recta (150).

La ley en su segunda parte habria producido menos pleitos, si los intérpretes hubiesen tenido en cuenta que respeta la voluntad, pero que no autoriza conjeturas. Nos remitimos á los principios para escusarnos de analizar las que encontramos en sus obras. Aunque el fundador haya dispuesto que las hembras sean escluidas por los varones, no se sigue que haya querido escluir la representacion. Llamas, dice bien que esa cláusula puede influir sobre la índole del Mayorazgo, pero nada tiene que ver con el requisito de la ley. Tampoco se debe presumir que fuera su ánimo escluir la representacion, solo por haber dispuesto que sucediera en el Mayorazgo el agnado ó cognado mas próximo. La ley 9.ª del presente título hace imposible esta duda. El mismo Molina supone que la represen-

tacion no cesaria aunque el fundador hubiese prevenido que se suceda en el Mayorazgo, salva la prerogativa de grado, pues no considera aplicable la *Autentica defuncto, C. ad Trebel,* que hace presumirlo asi tratándose de las herencias. Aun podria ser mas dudoso decidir si el llamamiento que hiciera el fundador del hijo primogénito que le sobreviviere, esto es, del hijo mayor que permaneciere vivo al tiempo de la muerte del último poseedor, deberia entenderse esclusivo de la representacion. Pero repetimos que estas y todas las dudas desaparecen ante el concepto de la ley, que la establece siempre y para todos los casos, mientras de una manera clara y terminante no conste haber sido otra la voluntad del fundador.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 23 de Diciembre de 1851: Que en la sucesion vincular no puede representarse al que no tiene llamamiento, ó sea al que viviendo al tiempo de la vacante, careceria de derecho para suceder.

Por otra de 11 de Mayo de 1853: Que el derecho de representacion en los vínculos y mayorazgos tiene lugar siempre que clara y espresamente no se mande lo contrario en la fundacion, sin que basten presunciones nacidas de las cláusulas mismas, pues deben entenderse estas literalmente y sin perjuicio de la representacion.

Por otra de 1.° de Marzo de 1862: Que en la sucesion de vínculos y mayorazgos se halla espresamente dispuesto que se suceda por representacion, á no estar mandado clara y literalmente en la fundacion lo contrario.

Vinculacion de las mejoras de tercio y quinto.—Ley 11, titulo VI, lib. X, Nov. Rec. (27 de Toro).—*Mandamos que cuando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por contrato entre vivos que le puedan poner el gravámen que quisieren, asi de restitucion como de fideicomiso, é facer en el dicho tercio los vínculos é sumisiones, é sustituciones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legitimos; é á falta de ellos, que lo puedan facer entre sus descendientes ilegitimos que hayan derecho de*

les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes, que lo puedan hacer entre sus ascendientes; é á falta de lossusodichos, puedan hacer las dichas sumisiones entre sus parientes; é á falta de parientes, entre los estraños; é que de otra manera no puedan poner gravámen alguno ni condicion en el dicho tercio, los cuales dichos vínculos é sumisiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre ó por el tiempo que el testador declarare, sin facer diferencia de cuarta ni de quinta generacion.

Esta ley es de las mas notables en la materia: permite á los padres vincular ó gravar las mejoras de tercio y quinto, ya se hayan hecho en última voluntad, ya por contrato, pero á condicion y en el supuesto de que lo verifiquen: 1.°, entre sus descendientes legítimos; 2.°, á falta de ellos entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar; 3.°, á falta de los dichos descendientes entre ascendientes; 4.°, á falta de ellos entre sus parientes; 5.°, á falta de estos entre estraños: declara por fin que tales vínculos y sumisiones valgan para siempre ó por el tiempo que el testador declare.

No nos toca censurar la disposicion: las actuales circunstancias no son las del tiempo de Jovellanos, que tan duramente la trató, llamándola bárbara porque abrió la ancha puerta por donde entraron como en irrupcion á la hidalguía, todas las familias que pudieron juntar una mediana fortuna. Las puertas que entonces se abrieron están hoy cerradas por completo; el escritor de nuestros dias no puede ni debe participar del enconado rencor con que acriminaban muchas instituciones aquellos hombres que sin duda se exaltaron en presencia de sus escesos. Cuándo se permite á los padres segregar en beneficio de uno de sus descendientes parte de la legítima de los hijos; cuándo se les concede la facultad de enriquecer á uno, casi en daño de los demás, no concebimos porque habia de ser perjudicial el derecho de imponer un gravámen sobre bienes en cuya conservacion quizás se interesase el lustre de la familia. No hablemos de injustas aspiraciones: este es achaque

de nuestra vanidad, y mientras el hombre no cambie de condicion, ambicionará aunque no le corresponda, aunque se salga de su esfera, todo lo que lisonjee su amor propio. Al legislador del siglo XVI no pudo exigírsele mas de lo que hizo, y ni fué ni pudo ser responsable de los escesos de los particulares; señalando á los padres el órden que debian seguir, y permitiéndoles dentro de cierto órden cumplir su deseo, realizó dos beneficios: los dejó árbitros de su fortuna, y se reservó el derecho de impedir que alteraran caprichosamente las leyes sucesorias. Esto y no otra cosa comprende la ley, este fué su objeto.

Quisiéramos de buena gana poder omitir todo comentario, mas eso equivaldria á desairar el de otros escritores, y ¡cómo incurrir en esa desatencion nosotros que mas de una vez sacrificamos nuestra voluntad al placer de que luzcan obras y nombres que parecen olvidados! Jurisconsultos de tanto mérito habrian sobresalido mas si hubiesen tenido mejor gusto literario. ¿Quién no desmaya al ver las cuestiones que amontona Llamas en ciento setenta y tres números de su comentario? Pero útiles ó supérfluas, al fin las vemos tratadas, poco trabajo puede costar dar idea de ellas.

Primera duda. Si los padres podrán variar ó invertir el órden de las sucesiones. La agita Molina en el número 18, y se congratula por cierto de que los autores, en tantas cuestiones divididos, resuelvan esta unánimemente en sentido negativo. Sin embargo, alguno hay que discrepa; Acevedo pretende que la regla tiene lugar en los Mayorazgos fundados por eficácia de la misma ley ó sus semejantes, no si fuese con real licencia, *secus si ex licentia regia*. Nosotros hemos creido que nunca se daria licencia para contrariar la ley.

Segunda. ¿Vinculado el tercio, será necesario espresar todos y cada uno de los vínculos y sumisiones? Indudablemente: siempre que la sucesion hubiese de recorrer los grados de la ley. ¿Si no para qué? El vínculo que en otro caso habria sido perpétuo, venia á quedar temporal. A fin de evitar dudas convendrá no olvidar que dentro del órden de la ley, era dueño

el padre de restringir sus facultades. Tampoco se le exigia que emplease forma determinada: podia disponer del tercio de mejoria como mejor le pareciere, bien sea fundando vinculo de cualidad agnaticia ó masculina, ó de sucesion regular, etc.

De otra dificultad se ocupan los autores pero sin fundamento. Compáranla con la ley 6.ª y con la 10, y dicen que no se comprende que en oposicion á lo prevenido en estas, prefiera la 27 los descendientes ilegítimos del padre á sus ascendientes legítimos. Lo que no se comprende es el empeño en comparar cosas inconciliables. Los hijos ilegítimos están en la descendencia del fundador y tienen condiciones de que carecen los ascendientes para la conservacion y propagacion de la familia ¿Quién calcularia las dificultades que hubiese traido el llamamiento de los ascendientes? ¿Y cómo llamarlos? ¿Están por ventura establecidas las mejoras en beneficio de ellos? Dejemos á Tello Fernandez y á Angulo en posesion de su hipótesis y de sus contestaciones: no nos embaraza semejante dificultad, ni podríamos sin malgastar el tiempo trascribir las muchas páginas que le dedica Molina. Hacemos demasiado con indicar la dificultad y decir dónde puede estudiarse la materia.

Nueva duda: si la madre en la vinculacion del tercio estará obligada á seguir el órden de esta ley. ¿Y por qué no? ¿Se necesita mas que leer la ley para conocer que este no puede ser motivo de controversia? Cuando *el padre ó la madre mejoraren*, dice la ley, ¿dónde está la razon de diferencia en un precepto que es comun á padre y madre? Pero esta dificultad es secuela de otra. Tello Fernandez sostiene que el padre está dispensado de seguir el órden de la ley cuando solo tiene hijos naturales: entonces, como dice Accvedo en el número 7, no siendo obligacion del padre dejar á estos el tercio, es evidente que tampoco la tiene de acomodarse á la ley. De aquí nace la duda, y si fuese la madre siendo los hijos naturales herederos legítimos de ella, ¿tendria ó no que observar la ley? Tello Fernandez, aunque con desconfianza, afirma que todavía en este caso la madre no estaría obligada á observar el órden de los llama-

mientos, porque al fin los hijos naturales no son legítimos, y la ley habla de estos. Matienzo suscribe á este dictámen solo por la autoridad de su autor. Acevedo los acompaña aunque con la distincion de si es uno ó son muchos los hijos naturales, pero al cabo no se decide, pues dice que le hace vacilar Angulo. Este resolvió con mejor criterio la cuestion, como tenia que suceder, no saliéndose del órden previsto y señalado por la ley.

Y si no obstante el llamamiento de la ley, se hubiera fundado un Mayorazgo con intencion de que fuese perpétuo eliminando á uno de los llamados, ¿qué sucederá? ¿será válida esta esclusion? Debemos recordar esta duda, porque ha podido algun fundador tener este capricho. Trata de esta cuestion Castillo en el libro V de sus *Controversias*, capítulo 99, y antes que él Cristóbal de Paz, comentando la ley 200 del Estilo. Dígase lo que se quiera, ni á uno ni á otro debió hacerles vacilar la respuesta. ¿Para qué servia esta ley si valiera despreciarla á cada paso? ¿Qué habria conseguido con espresar el órden de llamamientos que ha de seguirse en la vinculacion de las mejoras de tercio, si el fundador pudiese escluir á cualquiera de los nombrados? Digimos al principio que la ley ha puesto límites al ejercicio de una facultad: el último de estos autores cree que la institucion que haga el fundador en favor de los trasversales, por ejemplo, escluyendo á algunos descendientes, no será nula á menos que en vida de estos la sucesion hubiera de hacer tránsito á los primeros (75). Nosotros suscribimos á esta opinion: ni podemos participar de los escrúpulos de Llamas, ni tenemos que romper lanzas con ningun intérprete como él parece quererlo hacer con Castillo, á quien echa en rostro el título de plagiario. En materia de Mayorazgo la ley es la norma; pero la fundacion es ley. En el caso propuesto, ¿costaria tanto averiguar si el fundador habia querido hacer un vínculo perpétuo ó temporal? Si fuese lo segundo, nada hay que decir: mas si fuese lo primero y hubiese omitido ó espresamente abandonado los llamamientos, ¿tan difícil seria adoptar un partido ú otro, subsanar ese error ó anular la fun-

dacion segun los casos? Lo útil, tiene razon Llamas, no se vicia por lo inútil: hasta donde fuese posible sostener la institucion se sostendria y nada mas: eso se ve comprobado en el ejemplo práctico de Ayora, que como caso curioso y medio de fijar los principios, vamos á reproducir. El famoso autor de las *Particiones*, en la parte 2.ª, cuest. 47, finge el siguiente caso. Un padre mejora á un hijo suyo varon en el tercio de sus bienes, y despues de los dias de este, llama al hijo varon y descendientes varones del hijo mejorado, y si este no tuviese varon sustituye á un hermano varon del mejorante ó á sus descendientes ó á un estraño: supone que el mejorante tenia una hija además del hijo mejorado, y que este tuvo igualmente un hijo y una hija; murió el padre, el hijo mejorado y el hijo de este que no tuvo sucesion, y ocurre el siguiente conflicto: pide la mejora el hermano del mejorante que fué sustituido para el caso de que muriese el mejorado sin dejar hijos ó descendientes varones; igualmente la pide una nieta del mejorante hija del mejorado y nieta del último poseedor; la pide, por último, la hija del fundador del vínculo. El autor pasa á graduar el mérito de estas tres pretensiones, y en primer lugar escluye al hermano del testador porque la ley no permite que sean sustituidos los colaterales habiendo descendientes del testador: aquí los habia, una nieta y una hija; la cuestion es de preferencia entre los dos: alega en favor de esta que es descendiente en primer grado del testador, que la sustitucion en favor de los colaterales habiendo descendientes fué nula, y de consiguiente el tercio como legítima de los hijos debió dividirse por mitad entre el hijo del testador y su hermana, como si la mejora y sustitucion no hubieran sido hechas por no deber subsistir como contrarias á la disposicion de la ley. A pesar de estas mejoras escluye tambien de la mejora á la hija del testador y resuelve que la mejora pertenece á su nieta, fundándose para ello en que al principio fué válida la mejora por haberse hecho en un hijo, y lo fué tambien la sustitucion que hizo en el nieto por haber sido ambas en favor de los descendientes, que es lo que ordena la ley. La segunda sustitucion que hizo á favor de

los colaterales habiendo descendientes fué nula, y de consiguiente no debiendo tener efecto esta sustitucion como opuesta á la ley, caducó la mejora del tercio en el nieto, y por lo tanto, habiendo quedado libres los bienes del tercio en el nieto, debia suceder en ellos la nieta del testador, como heredera abintestato.

Cesemos en esta tarea: embrollar con dificultades una ley no es hacer un comentario.

Mejoras en los bienes de los Mayorazgos.—Ley 6.ª, titulo XVII, lib. X Nov. Rec. (46 de Toro).—[1]*Todas las fortalezas que de aqui adelante se ficieren en las ciudades é villas é lugares, é heredamientos de Mayorazgo, é todas las cercas de las dichas ciudades, é villas, é lugares de Mayorazgo, asi las que de aqui adelante se ficieren de nuevo como lo que se reparare ó mejorare en ellas, é asimismo los edificios que de aqui adelante se ficieren en las casas de Mayorazgo, labrando ó reparando ó rehedificando en ellas, sean asi de Mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, é villas é lugares, é heredamientos, é casas donde se labraren:* [2] *é mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al Mayorazgo con los vínculos é condiciones en el Mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los fizo, ni á sus fijos ni á sus herederos ni subcesores.* [3] *Pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia ó de los reyes que de nos vinieren se puedan hacer ó reparar las dichas cercas é fortalezas, mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestros reinos.*

Al examinar esta ley, todo aparece en tinieblas: se disputa sobre su objeto, se duda de su inteligencia: solo hay una cosa en que todos convienen, y es, su poca, su ninguna utilidad. Sus resultados han sido tan contrarios á los Mayorazgos, en cuyo favor, al parecer se publicaba, que muchos por no culpar de falta de tacto á sus autores, han preferido atribuirles una segunda intencion. Con esto no nos conformamos: el legislador equivocaria los medios; pero su fin está bastante conocido. Palacios Rubios se lamenta del poco aprecio en que se tuvieron sus quejas y sus observaciones. Muchas son, dice,

las que espuse cuando se redactó esta ley, considerándola inicua y contraria al derecho y á la razon; pero tuve la desgracia de no ser escuchado: *sed non potui tantum clamare quod essem exauditus.* El dia en que habia de hacerse la publicacion, y en que se debian consultar las leyes con el glorioso Rey Fernando, detenido por una grave indisposicion de la vista, no pude asistir: sin embargo, viendo su injusticia, espero que no durará mucho. *Spero tamen secundum illius nequitiam quod non diu subsistet.* La profecia de Palacios Rubios no se cumplió: la ley ha durado mas de lo que esperaba, y todo lo que era preciso para confirmar su juicio altamente desfavorable. Algunos siglos despues, un escritor ilustre denunciaba los ya previstos males aumentados, segun él, por la estension que la daban los juristas. «Bien entendida la ley, decia Jovellanos, se reduce á reparaciones hechas en edificios urbanos, y ellos la estendieron á toda especie de mejoramientos. Cuanto mas se lee, menos se puede atinar con las razones que pudieron dictar semejante ley. ¿Será creible que cuándo ya no era lícito á los particulares construir castillos y casas fuertes, cuándo se prohibia espresamente reparar los que caminaban á su ruina; cuándo se mandaban arruinar los que poseian los señores; cuándo, en fin, el gobierno luchaba por arrancar á la nobleza estos baluartes del despotismo feudal, donde se abrigaban la insubordinacion y el menosprecio de la justicia y de las leyes, será creible que entonces se mayorazgasen las ampliaciones hechas por los particulares en sus castillos y fortalezas? Infiérese de aqui cuán lejos estaban por aquel tiempo los buenos principios políticos de las cabezas jurisperitas.»

Ahora bien: dos puntos principalmente vamos á examinar. Si esta ley ha sido tan injusta, ¿cómo se aprobó? ¿Cómo ha podido existir? ¿Cuáles son los defectos de redaccion que la hacen oscura? Si estuviera en nuestra mano reducir las proporciones de su comentario, analizariamos en bien pocas palabras estas cuestiones; pero no es tanta nuestra fortuna: nosotros no inauguramos, sino que terciamos en un debate lar-

gos siglos hace sostenido, y debemos, ó renunciar á él, ó aceptarle en su terreno.

La ley en resúmen no hace otra cosa que declarar que el sucesor en bienes de Mayorazgo no sea obligado á pagar cosa alguna por las mejoras hechas en ellos, preferir á todo los intereses de los Mayorazgos: no querer que el sucesor pague la estimacion ó el valor de los edificios á *las mujeres del que los fizo, ni á fijos, ni á sus herederos ni subcesores.* Esto es lo que algunos consideran inicuo: esto es lo que otros han defendido creyéndolo racional y justo. El legislador, segun Llamas, no ha de ser de peor condicion que el fundador: si puesta por él no seria injusta, ¿podrá serlo porque la ley la establezca? Con ella no se obliga al poseedor de un vínculo á que mejore sus bienes; solo se le advierte que si voluntariamente lo ejecuta, no debe esperar resarcimiento. La disposicion no ha tenido otro objeto que impedir que á pretesto de reintegrarse del valor de las mejoras, se distrajesen los bienes vinculados; haciendo lo que ha hecho, dejándolas á beneficio del vínculo, se añade, ordena una cosa justa; aplica á esta materia los mas triviales principios del derecho comun. Esta es la proposicion: veamos su desenvolvimiento.

Los edificios construidos de nuevo en suelo ajeno, ceden y se hacen del dueño del mismo: hácese aplicacion de este principio al Mayorazgo, y suponiendo que lo que ha construido el mayorazguista es un edificio, suponiendo que es casi un poseedor de mala fé, porque al fin sabe que solo temporalmente posee la cosa, se cree que es justo que pierda en beneficio de su sucesor lo que ha construido por su gusto, y presuntivamente con voluntad de cederlo sobre que no lo podia retener. La ley, pues, en cuanto á uno de sus estremos, está justificada.

Si se trata de reparaciones, aun las necesarias no se pueden resarcir, porque como dice Llamas, si se pagan de los bienes vinculados, es contra la ley, que prohibe su enajenacion: tampoco seria justo que el sucesor las pagase de sus bienes libres, que están exentos de todo gravámen, ni de los

frutos que son suyos, y porque de uno en otro la obligacion se iria trasmitiendo y llegaria hasta el infinito; luego lo regular y lo justo es, lo que ha mandado la ley: que pierda el mejorante las mejoras, quedándole por compensacion los mayores beneficios que pudo recojer mientras poseyó los bienes.

Este es el grande argumento de Llamas, que segun costumbre, repite y presenta bajo distintas formas en su comentario.

Tampoco podia presentar otro mejor: pocas veces aumentó ideas nuevas á sus predecesores, y bien analizados se ve que todos han seguido el mismo plan de defensa. Oigamos en prueba como se espresa Molina en el cap. XXVI del lib. I. Aunque esta ley es en concepto de Palacios Rubios rigorosa é inicua, son muchos los que la juzgan muy al contrario, como aparece de Diego del Castillo en la glosa 1.ª, Antonio Gomez, núm. 4.° y siguientes, y aun Fernando Menchaca, el cual para justificarla dice: que al poseedor del Mayorazgo no le es permitido mejorar sus fincas, como tampoco al usufructuario, luego si la hace mejor, debe hacerlo á sus propias espensas y no á costa del sucesor: *quod si eam meliorem reddiderit, id propriis expensis facere debet, nec poterit successorem ad expensarum solutionem astringere.*

Molina desaprueba esta esplicacion, y propone la suya en estos términos. La ley es moral y civilmente justa y no opuesta al comun sentir de los autores, pues aunque todos convienen en que si uno hace obras duraderas en cosas sujetas á restitucion, puede repetir del fideicomisario la estimacion del edificio, aun sin hacer la compensacion de frutos, esto procede y es cierto en el fideicomisario simple, que debe poseer la cosa libre, no en el que la posee sujeta á fideicomiso y debe restituirla á otro. Seria injusto, en el último caso, que el sucesor pagase lo que gastó otro que habia poseido antes que él, y habia percibido los frutos; podriá tal vez acontecer que el valor del edificio fuese mayor que el importe de todos los frutos que durante su vida hubiese de percibir, é indirectamente quedar privado del Mayorazgo. A fin de salvar este inconveniente,

nada pareció al legislador mas justo y equitativo que privar de las impensas al que las hizo, no cargarlas al sucesor, sobre que igual es su derecho al vínculo y las mismas utilidades percibe. Disponer otra cosa seria abrir una cuenta de reclamaciones que todos los sucesores se irian exigiendo de uno en uno hasta lo infinito.

En cuanto á los perjuicios causados á las mujeres, herederos y sucesores, Llamas se desenvuelve en pocas palabras de este argumento. La mujer no puede quejarse de estos perjuicios: la 5.ª, tít. IV, lib. X de la Nov. Rec., solo la permite reclamar contra las enajenaciones fraudulentas de su marido, enajenaciones como ella dice y hemos esplicado, hechas con ánimo de damnificarla y perjudicarla. ¿Se puede sospechar semejante intencion, puede sufrir ese daño por las mejoras hechas de bienes vinculados? ¿Ni cómo se ha de indemnizar á costa de una persona estraña, pues para ella lo es el inmediato sucesor? Por último, sea un bien sea un mal el aumento de la ley, lo que hoy se dice del poseedor se dice mañana del sucesor, sus derechos están igualados, sus perjuicios se compensan.

Debemos resumir en estos términos la defensa de la ley, si no queremos ser tan difusos, tan sutiles como sus espositores, aunque hemos de añadir una cosa: por grave, por respetable que sea su dictámen, ¿tenemos obligacion de seguirle? Su criterio es el mas seguro, ¿pero es el mas persuasivo? No: su doctrina es la de la ley, pero su razon no es la misma. La ley no ofrece dificultades, porque la ley es clara, ¿pero es justa? Aunque el respeto debido á toda ley nos obligue á contestar afirmativamente, podemos añadir que no habria dejado de serlo porque hubiese dispuesto todo lo contrario. Analogías que no tuvo presentes el legislador, no pueden servir para esplicar su pensamiento. Aseguraríamos que en todo pensó el legislador menos en la doctrina de impensas y la de accesiones para dictar su ley. La dió, porque así le plugo, porque lo exigiria, si menester es, la índole del Mayorazgo; pero fuera de esta razon, no admitimos otra. Molina prueba

hasta la saciedad que el poseedor de un Mayorazgo es verdádero dueño, salvo las limitaciones consiguientes á ese estado, forma, ó llámese como se quiera, de propiedad; que quien tiene el dominio de una cosa por toda la vida, es dueño; pues no hay inconveniente en que se deje á uno el dominio durante la vida, y que pase á otro despues de la muerte. Ahora bien: si es mas que usufructuario, si tiene otros derechos y sufre otras cargas el mayorazguista: ¿por qué como es responsable de los desperfectos, no ha dè tener opcion á las mejoras? La ley le ha negado este recurso, en eso no hay duda, pero aun es menor la que tenemos para afirmar que esa debia ser la ruina de los Mayorazgos, que así se cerraron todos los caminos al estímulo, que cuanto se ha dicho para probar el mal estado de esos bienes, casas ruinosas, terrenos incultos, fincas perdidas, fué obra inmediata de la ley, que castigaba con una confiscacion, con un verdadero despojo, el celo de un digno propietario.

Pasemos á otra cosa. Los impugnadores de esta ley se quejan de la estension que le han dado los intérpretes. ¿Tiene algun fundamento esta queja? Creemos que no. Como únicamente habla de castillos, muros y casas de Mayorazgos, dudaron los autores si su disposicion debia estenderse á las demás clases de mejoras que no consistan en edificios, como por ejemplo, si en los bienes vinculados se plantasen muchos árboles que aumentaran considerablemente su producto, ó se hiciesen de regadío siendo antes de secano. Véase el parecer de algunos de ellos acerca de esta duda. Molina, en el núm. 16 sostiene que la ley no debe contraerse á los casos de que habla, porque su espíritu prevalece en todos los demás en que milita la misma razon; y de aqui infiere que los ejemplos que cita no se han puesto para restringirla ni limitarla, sino por ser los que con mas frecuencia ocurren en la práctica, y asegura que en este sentido habian fallado varias veces los tribunales, añadiendo que seria un grande absurdo que negase la estimacion de las mejoras que se hacen en reparar las casas, castillos y muros, y que concediera repeticion de las que se hacen

en heredades quizás sin necesidad y por lujo. De la misma opinion fueron Palacios Rubios, Castillo, Gomez, García, y casi por idénticas razones.

Gutierrez, por el contrario, en el lib. II, cuest. 82, número 3.°, limita la ley á los casos que espresa, siguiendo en esta parte á Mieres, que así lo sostuvo en la cuest. 10, parte 1.ª, y singularmente en la 33, parte 4.ª, núm. 1.°, como se ve por estas palabras: *prædicta lex solum loquitur in impensis quæ possesor bonorum majoratus facit in fortalitiis et muris factis in villis, locis et fundis bonorum majoratus... ideoque ad alias meliorationes et impensas factas in rebus majoratus, quæ non sint comprehensæ in illa lege, non debet extendi.*

¿Para qué hemos de citar nuevas autoridades? Ya vemos que si la otra opinion tiene sus partidarios, tampoco á esta le faltan, entre los cuales podríamos citar á Gomez, Arias, Matienzo, Burgos de Paz, Alvarez, Velazquez, etc. Acevedo, dudoso del partido que debia elegir, en concurrencia de estas autoridades, dice: *mihi placet tamen prima opinio dum tamen melioratio et expensæ ab ipsa re meliorata, ubi sit, non sit separabilis; secus alias* (núm. 2.°).

Las palabras de la ley están usadas en sentido demostrativo no restrictivo, por manera que á nuestro entender, no hay que limitarlas ni ampliarlas: ellas resuelven la dificultad si ès que la producen. Habla: 1.° De las fortalezas que en adelante se hicieren en las ciudades, villas, lugares y heredamientos de Mayorazgo. 2.° De las cercas de dichas ciudades, villas y lugares, lo mismo las que de nuevo se hicieren que las que se reparasen: y 3.° De los edificios que se hiciesen en las casas de Mayorazgo labrando ó reparando ó reedificando en ellas. El último número es el de la dificultad: ¿en qué sentido usa la ley la palabra edificio? Aquí no se toma por una obra urbana; se llama así todo trabajo, obra ó construccion que se hace labrando, reparando ó reedificando en casas de Mayorazgo. El lenguaje de la ley seria metafórico si no fuese natural: *casas* de mayorazgo es la denominacion genérica de que se valió el legislador como hace el vulgo para representar un vínculo; y usó la palabra *edificios*, uniéndola con casas de mayorazgos para significar no una finca urbana, si no segun la ley misma

dice, obras, labores que se verificasen labrando las tierras, reparando ó reedificando presas, linderos, cercas ó casas.

Malo es que la ley tuviera esa amplitud; pero los autores no se la dan, se la dió el legislador pensando que así protegia los bienes de Mayorazgo, que de ese modo iba á tener una propiedad próspera y floreciente, que iba á impedir el descrédito de una institucion, de la cual en gran parte hacia depender el esplendor del Estado. Si se equivocó en sus proyectos, los resultados no se han hecho esperar, y quizás con ellos la reforma que ha venido á darle su merecido. Pero entretanto debemos respetar la integridad de la ley; á nada conduciria limitarla, no podriamos hacerlo, porque como siempre se ha dicho, y aqui de plano se muestra, donde existe la misma razon debe haber igual disposicion de derecho. Si se tratase de contraponer las casas á las cercas, los pobres edificios á los opulentos y soberbios castillos, ya seria otra cosa: como veremos despues, habia un motivo para intentar la destruccion de estos; no le habia para desear la ruina de casas destinadas solo á la habitacion; tampoco en esta parte de la ley es esa la idea que prevalece: quiso conservar y á todo trance aumentar las casas amayorazgadas, y amayorazgó las mejoras que recibian: mas ese pensamiento que tendia á enaltecer los antiguos vínculos, no autorizaba la permanencia y reparacion de torreones y castillos, antiguos baluartes y luego tristes monumentos del poderio feudal; pues, á fin de precaver todo peligro, ya dijo la ley en su segunda parte: «lo cual no quiere decir que sin nuestra licencia puedan repararse dichas cercas ó fortalezas; pues deben guardarse las leyes de nuestros reinos.»

En breves palabras, porque estos comentarios se van haciendo largos, repasaremos las principales dudas de los autores.

Un tercer poseedor de buena fé de bienes vinculados que los mejoró, ¿podrá repetir su valor del sucesor del Mayorazgo? Avendaño en la glosa 7.ª de esta ley, núms. 11 y 12 pretende que su disposicion se debe estender á cualquier tercero que posea con buena fé el Mayorazgo: Castillo, en el libro V,

capitulo XXVI, números 95 y 97, manifiesta la misma opinion. Se funda el primero en que trasfiriéndose inmediatamente la posesion de los bienes vinculados en el sucesor, no puede el tercer poseedor sacar el importe de las mejoras, entendiéndose que habla de las útiles, pues las necesarias podrá repetirlas y cobrarlas del sucesor. El segundo alega que la ley no distingue, y que el tercer poseedor de bienes vinculados que los mejora, debe imputarse á sí el no haber hecho las diligencias suficientes para asegurarse de que los bienes no eran vinculados, á menos que no fuesen tan necesarias que sin ellas se hubiesen arruinado, pues entonces deben abonársele al comprador de buena fé primero por el vendedor y sus herederos, y en su defecto por el sucesor en el Mayorazgo.

Pelaez de Mieres sigue el dictámen opuesto acerca de esta cuestion, la 32, parte 4.ª de su obra de Mayorazgos: le parece claro que puede cobrar gastos y mejoras sin que esté obligado á la restitucion hasta que le hayan sido satisfechos: *hoc casu clarum est illum posse sumptus recuperare, nec tenebitur ad restitutionem rei, donec melioramenta ei soluta fuerint.* Del mismo modo la resuelve Juan Gutierrez, en el 29 de sus Prác. cuest., fundándose: 1.° en las palabras de la ley que se refieren al poseedor del Mayorazgo, y 2.° en los principios comunes sobre deduccion de mejoras por el poseedor de buena fé.

Si el poseedor del Mayorazgo ó su heredero estarán obligados á pagar los desperfectos de bienes vinculados ocurridos por caso fortuito. Molina establece por regla en el capitulo XXVII, libro I, que los herederos del último poseedor del Mayorazgo están obligados á reparar á su costa, *propriis sumptibus* todo cuanto aparezca deteriorado y disminuido de los bienes al tiempo de su muerte. Declara en el art. 4.° que los desperfectos que los herederos han de indemnizar son tan solamente aquellos que provienen de culpa lata ó dolo del último poseedor, no de los ocasionados por culpa leve ó levisima, á menos que les quedara utilidad de tales bienes, pues entonces, como declara la ley romana á propósito de los fideicomisos, responderian de la culpa leve. Mas para adoptar la

resolucion conveniente en una cuestion que pudiera ser dudosa, añade que los desperfectos de bienes vinculados, ó son módicos ó considerables; no estaria obligado á satisfacer los segundos, pero si los primeros; pues habiendo percibido el poseedor del Mayorazgo los frutos, es consiguiente que quede obligado á cualquiera reparacion ocurrida en su tiempo, sin reparar en que la culpa fuese lata ó leve. El Juez decidirá sobre la naturaleza y cuantía de estos gastos.

Ya que hemos indicado esta materia y no se nos ofrecerá otra ocasion, recordaremos nuevas proposiciones de este autor que consideramos aceptables. En el núm. 8 afirma que el poseedor del Mayorazgo está obligado al pago de los censos, tributos, pensiones y otras cargas reales aunque hayan vencido en tiempo de sus antecesores. Puesto que se aprovecha de los frutos, razon es que sufrague estas cargas: y de tal modo le parece esto exacto, que en el núm. 9 dice que aunque el poseedor del Mayorazgo estuviese obligado á prestar á sus hermanos alguna cosa del Mayorazgo por razon de alimentos, no tendrian estos que satisfacer á prorata dichas cargas, pues gravan solo sobre el Mayorazgo. La misma regla cree aplicable á los gastos de pleitos seguidos por causa de los bienes del Mayorazgo (10).

Por el deber en que estan de devolver el Mayorazgo al inmediato, deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles al tomar posesion de él y repararlos y conservarlos con su producto.

La propia obligacion contraen los herederos del último poseedor de las líneas espresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron y deterioraron, siendo el Mayorazgo perpétuo. Pero ningun poseedor la tiene de dar caucion al inmediato sucesor de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro á menos que los disipen y empeoren: Gomez, ley 40 de Toro.

Otra obligacion pesa sobre los Mayorazgos que es la de alimentos. Los autores la examinan con el cuidado que merece: ya que no podamos seguirlos, reproduciremos siquiera alguna

de las muchas conclusiones establecidas por Molina en los capítulos XV y XVI del libro II.

Los fundadores de Mayorazgos deben señalar alimentos correspondientes á los hijos varones y por analogía dotes á las hijas. Una y otra carga provienen por derecho de institucion: no se crea por esto que el Mayorazgo se anule si no se consignan alimentos ó si los señalados fueren insuficientes: pues hay el remedio de completarlos. El número y cuantia de los alimentos, se ha tasado alguna vez en la facultad real y cuando así no ha sido, se proporciona á la circunstancia de la persona y al valor del Mayorazgo.

El fundador del Mayorazgo debe alimentos no solo á los hijos legítimos sino á los naturales y aun á los espurios (42) y tiene que prestarlos todo poseedor como los demas débitos del mismo. De este modo han de entenderse las palabras de la licencia para la fundacion «con tanto que seais obligado á dejar á los otros vuestros hijos é hijas legítimos alimentos.» Aunque la cláusula no comprende mas que á los hijos legítimos: *ex juris tamen dispositione, hæc alimenta filiis spuriis reliquenda erunt tamquam debita ab institutore* (44). No porque se trate de un Mayorazgo se ha de alterar esta obligacion de que en otra parte nos hemos ocupado. El alimentista tiene derecho á pedir los alimentos y deberán serle prestados por mandato del juez compeliendo al poseedor rebelde *per pignorum capturam atque distractionem* (71). Tampoco habia regla segura en cuanto á los términos para satisfacer los alimentos, pues ó se satisfacian á principio de año ó por cuatrimestres etc.: el caso era procurar que no careciesen de ellos los que tenian derecho á recibirlos.

¿Cuáles son los derechos del acreedor de un poseedor de bienes vinculados? Hay que contestar á esta pregunta con distincion: convienen los autores en que la deuda contraida en utilidad privada del poseedor no debe pagarse de dichos bienes. Si hubiera sido contraida en beneficio de dichos bienes con hipoteca sobre ellos, y mediando real licencia, el sucesor en el Mayorazgo está obligado á satisfacerla. Tal es el parecer de Molina en el núm. 15, cap. X del lib. I. Ni se dispensaria,

dice el autor, de esta obligacion, aunque se hubiera omitido la real licencia *si ea debita in evidentem majoratus necessitatem seu utilitatem contracta fuerunt.* Este segundo caso es mas dudoso. Los autores complicaron la dificultad variando los casos y los términos, segun puede verse por la relacion de Llamas, números 174 y siguientes; pero la opinion de este autor, á la que suscribimos, es terminante; afirma en el núm. 182 que en el caso propuesto no se contrae hipoteca tácita ni espresa, cuando no ha precedido ni subseguido real licencia; por consiguiente, que el sucesor no está obligado á pagar la menor cantidad por insolvencia de los herederos del poseedor.

Es otra cuestion, ¿si protestando el poseedor del Mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras, que su ánimo es cobrar y repetir su importe, cesará la razon de la ley? Esto equivale á preguntar si puede renunciarse: no estrañamos que Barbosa conteste afirmativamente á esta pregunta, pues este respetable escritor manifiesta una particular opinion acerca de esta ley, en la 8.ª *de soluto matrim.*, § final, núm. 115; dice: que el poseedor del Mayorazgo, haciendo mejoramientos en utilidad constante y perpétua del Mayorazgo, obliga al sucesor como si en nombre de la dignidad del Mayorazgo se hubiesen causado tales gastos: admitido ese principio, estaria en su lugar la protesta para repetir el importe de dichas mejoras. Por lo demás ni Molina ni Acevedo han podido admitir ese principio: Llamas rectifica este pequeño error de Barbosa, restableciendo la verdadera inteligencia de ambos escritores (184 y 185).

¿La mujer, los hijos ó herederos del poseedor, podrán arrancar ó deducir las mejoras que puedan separarse sin detrimento de la cosa? Pocas cuestiones acabarian en el derecho si se hubiesen de resolver por voto entre los autores: son muchos los que llevan la afirmativa con Molina, que en el capítulo XXVI, lib. I, núm. 16, dice: aunque la mujer y los herederos no pueden repetir los edificios en las cosas de los Mayorazgos, pueden arrancar todo aquello que puede ser quitado sin detrimento de la misma cosa. De notar es que Molina usa la palabra edificio para denotar las obras y reparos hechos en

las cosas de Mayorazgo. En cambio otros con Mieres (*cues.* 55, *parte* 7.ª), Matienzo (*glos.* 3.ª), profesan la opinion contraria. Verdad es que, como dice Llamas, la cuestion es de palabras, y ambas opiniones se concilian, advirtiendo que no se podrán estraer las mejoras que por ser análogas á la cosa en que se aumentan, se unen con ella por reputarse de la misma naturaleza y condicion que los bienes á que están unidos, pero si las demás, como los cañones ó pertrechos de guerra que se introducen en un castillo, menaje de casa, etc.

Omitimos por de menos interés las demás cuestiones que promueve Llamas, por ejemplo: si la presente ley deberá entenderse en el caso que el marido en constante matrimonio haga mejoras en los bienes vinculados de la mujer, y si deberá aplicarse á los edificios que se hagan de nuevo. Aunque los autores, en esto como en todo, se hallen divididos, la respuesta afirmativa no puede ser dudosa.

La facultad de construir castillos y casas fuertes estaba sujeta á varias restricciones. La ley 52.ª, tít. XVIII, Part. II, exigia Real licencia por estas palabras: *que no quisiesen otro castillo que aquellos que los reyes les diesen, ó ganasen ó ficiesen de nuevo so su placer, ó con su mandado.* Sobre cuyas palabras dice el comentador: ***nota bene quod non possunt in Hispania fieri Castella de novo sine licentia Regis,*** remitiéndose á la ley 7.ª, título VII, lib. IV del Ordenamiento Real. Con efecto, en dicha ley, que es de D. Alonso XI y de D. Enrique II, y la 8.ª de don Enrique IV, vuelve á disponerse que los castillos que se hubieren construido sin licencia Real ó se construyeren en adelante sin la misma licencia, sean inmediatamente destruidos, y que cuando alguno pidiere licencia para edificar alguna casa fuerte no se le conceda sin acuerdo del Consejo del Rey y de las ciudades y villas de la comarca, habiéndose mandado derrocar todas las fortalezas que se hubiesen hecho con ó sin licencia del Rey desde el año 1464 hasta el 74, fecha de la última de estas disposiciones.

La ley 10, tít. XVI, lib. VIII del mismo Ordenamiento, publicada por los Reyes Católicos en 1476, renueva la ante-

rior prohibicion mandando que desde luego fuesen derribadas las casas que se hicieren sin real licencia, y en su Pragmática, fecha en Sevilla el 1500, al cap. XXII que se halla en la ley 6.ª, tít. I, lib. VII, Nov. Rec., encargan á los corregidores que no consientan que se hagan sin Real licencia torres ni casas fuertes en la ciudad ó villa ó tierra que fuere á su cargo en sus términos y jurisdiccion. Tales son las disposiciones á que la ley alude en su última parte, y aunque curiosas bajo el punto de vista histórico, no lo son tanto bajo el aspecto jurídico que debamos esplicarlas.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 25 de Mayo de 1860: Que la ley 46 de Toro proteje decididamente á las vinculaciones y no á los poseedores; y por consiguiente, no es lógico suponerla infringida por declaraciones que, aunque contrarias á estos, sean favorables á aquellas.

Incompatibilidad de los Mayorazgos.—Ley 7.ª, tít. XVII (D. Cárlos y Doña Juana en Madrid 1534).

Somos informados que por causa de haber juntado en estos nuestros Reynos de poco tiempo á esta parte por via de casamiento algunas casas y Mayorazgos de Grandes y caballeros principales, la memoria de los fundadores y la fama dellos y de sus linages se ha disminuido y cada dia se disminuye y pierde consumiéndose y menoscabándose las dichas casas, en las cuales muchos de sus parientes, criados y otros homes Hijos-dalgo se acostumbraban mantener y sostener... lo cual es ansimismo mucho deservicio nuestro y de nuestros Reynos, porque disminuyéndose las casas de los nobles no habrá tantos caballeros de quienes nos podamos servir... visto y platicado por los del nuestro Consejo, fué acordado que debiamos mandar y mandamos que en los matrimonios que hasta agora no estan contraidos, cada y cuando por via de casamiento se vinieran á juntar dos casas de Mayorazgo que sea la una de ellas de valor de dos cuentos de renta ó dende arriba, el hijo mayor que en las dichas dos casas asi juntas por casamiento podia suceder, suceda solamente en uno de los tales Mayorazgos, en el mejor y mas principal que él quisiere escoger, y el hijo ó hija segundo suce-

da en el otro Mayorazgo; y si no hubiere mas de un hijo ó de una hija que aquel los pueda tener por su vida, y si aquel hijo ó hija hubiere dos hijos ó hijo y hija, se dividan y partan los dos Mayorazgos, de manera que dos Mayorazgos siendo de dos cuentos ó dende arriba, no concurran en una persona, ni los pueda uno tener y poseer: lo cual todo mandamos que se haga, cumpla y ejecute ansi sin embargo de cualesquier cláusulas, condiciones y llamamientos que en los dichos Mayorazgos se contengan, y sin embargo de cualesquier leyes y derechos que en favor de los hijos mayores pueda haber y ellos puedan pretender, porque en cuanto á efecto desto de nuestro proprio motu *y poderio Real absoluto los revocamos y damos por de ningun valor y efecto, quedando en su fuerza y vigor cuanto á todo lo demas.*

Grave es la materia de incompatibilidad de Mayorazgos: muchos pleitos se han promovido y aun alguno se sostendrá en nuestros dias sobre esta materia; pero no caeremos en la tentacion de escribir volúmenes enteros, imitando á otro que esplicó la incompatibilidad en las ciencias y en las artes en todas las cosas y en todos los derechos. Mas bien debemos recordar una circunstancia en que sin duda Rojas no reparó, y que le habria ahorrado gran parte de su trabajo. Esta ley se distingue de todas por su inobservancia: con ser su objeto tan equitativo, su precepto tan terminante, su sancion tan enérgica, los interesados sabrán decirnos por qué no la cumplieron; de modo que en la imposibilidad de faltar abiertamente al respeto de una ley, y en la precision por otra parte de confesar que asi ha sucedido, no tanto se requiere esplicarla como hallar un pretesto que legitime el hecho, que justifique su desuso, por no decir su desprecio.

La comision encargada de formular el proyecto de ley sobre desvinculaciones, apunta un dato curioso para que se vea el fin que obtuvo la justa prevision de los autores de esta ley. Con motivo de haber solicitado el duque de Veraguas que se tuviese por nula cierta certificacion emplazándole para una demanda sobre propiedad de un Mayorazgo, se dijo al Consejo

en Real órden de 5 de Febrero de 1779, que habiendo este recurso suscitado en S. M. la reflexion que varias veces habia hecho sobre el grave perjuicio que debia causar al interés general de la nacion la facilidad con que algunos poseedores de Mayorazgos y haciendas cuantiosas, se iban á residir y gastarlas fuera del reino, habia determinado el Rey que el Consejo, oyendo á los fiscales, consultase lo mas conducente para poner remedio. Los fiscales respondieron en 3 de Marzo siguiente, recordando la ley sobre incompatibilidad de Mayorazgos, y proponiendo que se oyera al procurador general: se les oyó con efecto, así como á las Audiencias, y al cabo de varias dilaciones continuó en el mismo estado el negocio, hasta que con fecha 28 de abril de 1789 se comunicó al Consejo un Real decreto en que se decia, que aunque por la ley ya mencionada se prohibió la reunion de Mayorazgos que escediesen de dos cuentos de maravedís, no se habia conseguido evitar los perjuicios, ya porque la ejecucion de la ley no habia sido promovida y sostenida por los tribunales, ya porque la renta que se fijó habia venido á ser muy corta, ya porque la prohibicion de reunirse tales mayorazgos se habia limitado y entendido para el caso preciso en que contrajesen matrimonio los mismos que lo poseyeren. Y habiendo resultado de esta causa los daños que quiso precaver la ley... habia resuelto S. M. que para ocurrir al urgente remedio de estos y otros males gravísimos... examinara el Consejo y propusiera la ley que conviniese promulgar, *escusando discusiones que no consentiria S. M. sobre el punto de su autoridad soberana para resolver lo mas conveniente en la materia...* previniendo que siempre que se pidieran facultades para dotar ó casar hijos, y escediesen las rentas de los Mayorazgos de los grandes de 80 á 100,000 ducados, de 40 á 50,000 en los títulos y de 20,000 en los particulares, se concederian para la division y separacion de otros Mayorazgos, y no se permitiria entonces ni en tiempo alguno, que acordada tal division se admitiese ni siguiese demanda sobre ella.

Los fiscales á quienes se pasó tambien este decreto, propusieron en 5 de Mayo siguiente una nueva ley de incompati-

bilidad sobre el máximum fijado por el Real decreto, ya se verificase la union de Mayorazgos por casamiento ó por sucesion; pero no se sabe que estos trabajos dieran resultado alguno. Por lo cual con fecha de 28 de Setiembre de 1798 se comunicó al Consejo otra Real órden manifestando de nuevo los males que habian provenido de la union de los Mayorazgos. Han sido infructuosos, decia, todos los medios tomados hasta aquí para evitarlos; pues á pesar de la facultad concedida á los grandes Mayorazgos de disponer de alguna porcion de ellos en favor de los hijos no primogénitos, jamás la han usado, creyendo asi minorar el lustre y poder de sus casas, y continúan los primogénitos gozando del todo, lo que trae tambien al Estado la carga de tener que mantener á los segundos y terceros confiriéndoles los primeros empleos en representacion de los servicios de sus antepasados, y privando de ellos á los que los contraen actualmente. En esta forma continuaba la Real órden, y no obstante que con tanta exactitud describia la situacion de las casas amayorazgadas y tan al vivo representaba ciertos abusos que á ellas no les favorecian y eran sumamente perjudiciales á la nacion, vuelven las cosas á quedar como estaban, sin que ni por entonces ni despues se adoptase resolucion definitiva. Estamos, pues, concretados á la ley Recopilada, la cual, como se decia en el informe, ó porque la renta era escasa, ó porque selimitaba á la reunion por casamiento, ó porque los tribunales no se prestasen, apenas se observaba.

Rojas se ocupa de la ley en el cap. I, parte 8.ª de su obra: esta salió á luz con adiciones de su sobrino Alfonso del Aguila, y como si no bastasen sus dos tomos en fólio, vino todavía á aumentar este trabajo un conciudadano de dicho escritor, y de su mismo nombre, Rojas de Almansa, que publicó dos tomos abultados de disputas y cuestiones sobre incompatibilidad. Mal hariamos si nos propusiéramos ganar fama de originalidad entrando en un campo que hallamos reespigado; haremos harto mejor empleando una sobriedad prudente, como conviene á la diferencia que existe entre nosotros imperitos y aquellos sábios escritores, entre sus tiempos y los nuestros. Nota-

mos en esta ley una ventaja para su exámen, la que tienen muchas y que sin la licencia de sus autores, tendrian casi todas las recopiladas. En su proemio se encuentra la razon, y si tuviera historia, se hallaria hecha la historia de la ley: el socorro de los deudos, el lustre de las familias y el servicio del Estado, dice, se interesan en que no se reunan ni confundan los Mayorazgos; mas como desgraciadamente eso era frecuente, prohibe que se reunan dos Mayorazgos de los cuales uno produzca de renta anual 200.000 sestercios, *vulgo* dos cuentos de renta, que hacen 58.823 rs. y 18 mrs., ó 5.347 ducados, 6 rs. y 18 mrs. Matienzo, Acevedo, Parladorio y cuantos han examinado la ley se fijan en estas razones, y como es consiguiente las aprueban, pero Rojas hace mas, las comenta. La ley interpreta cumplidamente la voluntad del fundador, cuando por honor á su memoria impide que se reunan; pues las incompatibilidades llamadas de hombre, que son las establecidas por los instituyentes, han tenido por principal causa evitar que se confundan la memoria, el nombre y las armas de la familia. Así lo dicen Molina en el lib. II, cap. XIV, núm. 29; Mieres, parte 2.ª, cuest. 4.ª, ded. 3.ª, núm. 11, *Ver. Notandum est,* y otros. Consúltase además á la utilidad y al bien público, porque como dice Rojas, conservando la memoria de los antiguos fundadores, se aumentan los nobles y los ricos, los cuales hasta por recuerdo están obligados á imitar las virtudes de sus antepasados, y hacerse digno de su nombre por heróicas empresas. Parladorio ha compendiado en breves palabras estos diferentes objetos.

No es esto lo grave de la ley: lo principal es la disposicion. ¿Comprende solo la union por causa de matrimonio, ó por sucesion ó cualquier otro acto? Mieres en la parte 1.ª, cuest. 30, y singularmente en la 2.ª, cuest. 4.ª, y Cristóbal de Paz, de Tenuta, parte 2.ª, cap. LVII, contestan negativamente; las razones que dan para decir que la ley no debe ampliarse de un caso á otro son: 1.º, el silencio de la ley; 2.º, que es correctoria de las leyes 2.ª, tít. XV, Part. II 40 y 45 de Toro, por las cuales se trasfiere la sucesion y posesion al primo-

génito por la muerte del último poseedor, y que la ley correctoria no puede comprender otro caso; 3.ª, que es penal y debe restringirse y no ampliarse; de este género son las demás razones hasta la 7.ª, que se funda en la práctica de los tribunales. Parladorio, *quotidianarum, quæst.*, tomo V, *quæst.* 5.ª; Juan de Castillo, lib. III, cap. XXVIII; y aun Acevedo en el resúmen de esta ley llevan la opinion afirmativa. Los argumentos que alegan, que son seis, pueden referirse á uno, y es que la razon de la ley obra en un caso lo mismo que en otros, que encaminada á prohibir las uniones por sus inconvenientes, no hay motivo para que las prohiba por casamiento y las permita por sucesion.

Rojas, no sabiendo qué opinion preferir, aunque la última le parece la verdádera y aceptable, entra resueltamente á probar que es la mejor, por ser la mas útil al bien público y al interés de la República. No podemos pasar adelante: júzguese de la estension de sus investigaciones por el siguiente resúmen: en el núm. 50 prueba citandó á Licurgo, la conveniencia de que todos los hombres tengan alguna y próximamente la misma riqueza: en el 52 recuerda las leyes agrarias: en el 54 pretende apoyar la ley en los sagrados textos. Desde el 61 empieza á demostrar su utilidad por los inconvenientes que podria traer para la paz de los estados el engrandecimiento de algunas casas, sobre lo cual cita el testimonio de Robles, Salcedo, Gonzalo, Valcárcel y el Dr. Tomás Cerdan de Tallada. El autor concluye manifestando sus deseos de que cesasen estas dificultades por una ley declaratoria. Hemos visto que no la hay, y que se creyó mas sencillo no cumplir la que habia. Debe sernos permitida esta franqueza. La necesidad de conservar en cierto rango algunas casas, principalmente las de los grandes de España, hasta por razones politicas, como el servicio de cargos diplomáticos y altos puestos militares que los empeñaban en crecidísimos gastos de representacion, exigia una escepcion de la ley; pero una vez que dejó de cumplirse, el privilegio se hizo regla: lo que unos tenian, lo desearon todos; los Mayorazgos han venido acumulándose, con la única precau-

cion de que puestos los títulos en órden, se nombren uno detrás de otro, como se hace con los que forman el blason de la Corona.

Aparte de la incompatibilidad legal, hay otra, segun se ha dicho, llamada de hombre, porque la establece el fundador: puede ser esta espresa ó tácita, real, personal, absoluta, relativa para adquirir ó para retener. Véase, como si dijéramos, el epígrafe de la materia que Rojas Almansa comienza á desenvolver en la disputa 1.ª cuestion 3.ª Estas palabras no son nuevas para nosotros, ni su definicion tampoco; pero ¿y los casos y las cuestiones que pueden ocurrir, podemos agitarlos en un corto capítulo? De ninguna manera. Hay que deducir de los principios la resolucion: examinar en que términos está concebida la fundacion de un vínculo: hacer uso de las nociones comunes que impiden el que se confunda una incompatibilidad real, con otra personal; guardarse mucho del prurito de sutilezas y conjeturas con que se sostienen los pleitos por quiméricas interpretaciones: distinguir los tiempos y no valerse inflexiblemente de un criterio para resolver todos los casos de incompatibilidad. Atendiendo á los sentimientos de un padre *que es para cien hijos*, podria argüirse en contra de la incompatibilidad, creyendo que su corazon debia inspirarle el deseo de que los hermanos fuesen igualmente ricos, igualmente ilustres, igualmente felices. Sin embargo, nada es menos cierto que esa presuncion: repugna con todos los privilegios de la primogenitura: es diametralmente opuesta á los principios de los Mayorazgos fundados para que sobresaliese uno en la familia: no se puede argüir de un caso general á una ley especial; y la de los Mayorazgos ha sido especialísima.

Recuérdese por fin lo que han cambiado las circunstancias, si se desea saber como han de modificarse los principios. La ley, mientras no se haya derogado, es ley en todos tiempos, y la incompatibilidad, producto de la ley ú obra de la voluntad, es una condicion; pero hoy, pero en nuestros dias, ¿quien recuerda las incompatibilidades? Ni una sola de las razones que invocaba el legislador subsiste: decimos mal, subsisten

todas las razones, pero es para pedir precisamente todo lo contrario: al suprimir las vinculaciones, dudamos que se haya querido honrar el nombre de los que, por usar un lenguaje moderno, se dejaron dominar por la manía vanidosa de su época: ni se teme, ni se espera nada de esas casas, que no son mas poderosas que las otras, y en cuanto á beneficios, harto harán con emplear los bienes que les quedan en conservar dignamente su posicion, sin ánimo de distribuir sobrantes queno tienen, entre deudos y protegidos.

Jurisprudencia.—Se halla declarado por sentencia de 14 de Diciembre de 1848: Que siendo incompatibles los Mayorazgos, no pueden retenerse todos, y hay que elegir en un término dado con cuál quiere quedarse el poseedor.

Por otra de 26 de Mayo de 1856: Que cuando el fundador de dos ó mas Mayorazgos hàce la prevencion espresa de que jamás puedan estar unidos en una persona, ni en una misma línea, no revoca por esto ningun llamamiento, sino que establece solamente la imposibilidad de retenerlos; pero no de adquirir el uno cuando se posea el otro, á no ser que manifieste el fundador su voluntad espresa para lo contrario, siendo libre el llamado para elegir el que mas le convenga.

Por otra de 11 de Junio de 1861: 1.° Que la prohibicion impuesta por el fundador para adquirir ó suceder en un vínculo no se entiende establecida para retener ó seguir poseyendo cuando se ha sucedido sin impedimento, como espresamente no se haya dispuesto lo contrario en la fundacion. Y 2.° Que por consiguiente, la condicion de que ningun clérigo pueda entrar á suceder en un vínculo, pero sin prohibirse que continúe poseyéndolo el seglar que despues de haberlo adquirido ingrese en el estado eclesiástico, no es obstáculo para que este retenga ó continúe poseyendo la tal vinculacion.

Sucesion de las hembras de mejor linea y grado.—Ley 8.ª, tit. XVII (por Pragmática de Felipe II, de Madrid, en 1615).

El Reino, estando junto en Córtes, y últimamente en las

celebradas en esta villa el 1611, nos ha representado los grandes pleitos que se han movido y siguen sobre sucesion de Mayorazgos en materias de agnacion y representacion, sobre la prelacion de los varones mas remotos á las hembras mas cercanas, fundándose los varones de varones en la calidad de la agnacion y pretendiendo que los fundadores la quisieron conservar, induciéndola por argumentos y conjeturas; y por el contrario, las hembras fundan su intencion en las reglas ordinarias que se guardan en la sucesion de estos mis Reinos, con los cuales dicen se quisieron conformar los fundadores... (Sigue la exposicion.). Lo cual visto... *fué acordado que debiamos mandar y declarar, como declaramos y mandamos, que las hembras de mejor linea y grado no se entienda estar exclusas de la sucesion de los Mayorazgos, vinculos, patronazgos y aniversarios que de aqui adelante se fundaren; antes se admitan á ella y se prefieran á los varones mas remotos, asi á los varones de hembras como á los varones de varones, si no fuere en caso que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.*

Mucho tiempo hacia que los Procuradores á Córtes suspiraban por esta ley; justo era que al fin viesen cumplidos sus votos. Las de Madrid de 1552 reprodujeron su peticion, iniciada ya desde la época de los Reyes Católicos. La respuesta fué «que las Justicias hiciesen justicia conforme á derecho y leyes de nuestros Reinos.» En las de 1611 volvió á reproducirse la queja, contrayéndola todavia mas, y se contestó: «Está mandado que en el Consejo se trate de esto.» Así era la verdad, pues no se tardó demasiado en publicar la ley. ¿Habria alguna razon para estas dilaciones? Sempere no las encuentra; nosotros creemos que nadie menos que este autor debia estrañarlas. Las leyes de Mayorazgo tenian un ejemplar, un modelo, en la sucesion á la Corona: clara y terminante está la ley de Partida; pero preguntamos al historiador del Derecho Español: ¿fué siempre el mismo y de la

misma manera reconocido el derecho de las hembras á la sucesion en el Trono? No se nos recuerde la diferencia: poco adelantaremos nosotros en confesarla, si es una verdad que los mayorazguistas no querian reconocerla. Para desconocer tan sencilla reflexion es preciso olvidar la causa, despues de todo, mas plausible de los Mayorazgos; esa causa era el lustre de la familia; era la mayor aptitud para el servicio de la patria: ni una ni otra circunstancia reune la mujer, que es por su sexo el fin de la familia, y poco á propósito para grandes empresas.

Las costumbres han sufrido alteracion; las ideas se han ido rectificando, y hoy nos parece que prefiriendo á la hembra se sigue el órden de la naturaleza y la regla primitiva de sucesion en los Mayorazgos; pero las opiniones de hoy no desvanecen las dudas de otros tiempos. Dedicaremos cuatro palabras á su exámen.

Tuvo por objeto restablecer el verdadero sentido de la ley 2.ª tít. XV, Part. 2.ª, y la 40 de Toro; de modo que viene á ser una continuacion de las mismas, y aunque por esta causa pareceria inútil su comentario, prueba que no lo es el capítulo IV, libro III, donde Molina desenvuelve en 44 números la siguiente proposicion: «la mujer debe ser admitida á la sucesion de un Mayorazgo con esclusion de los varones mas remotos, faltando varon de la misma línea y grado.» Consignado se hallaba de muy antiguo este principio; la ley procede bajo el supuesto de que las reglas del derecho no se eluden por pruebas dudosas ni por conjeturas. Consideramos rechazada por ella la doctrina que fundándose en textos mas ó menos directos del Derecho Romano, llama liquidísimas pruebas *(liquidissimas probationes)* las conjeturas y las presunciones, principalmente cuando se deducen de la voluntad del testador. La preferencia de la mujer en el presente caso se funda lo mismo en el derecho divino que en el derecho humano. ¿Qué presuncion puede bastar para destruir un principio que descansa sobre tan firmísimo apoyo? A los que tengan nuestra asercion por una paradoja, les rogamos que lean los primeros números

del autor antes citado: en varios pasajes de los sagrados libros se halla repetida la máxima: *homo cum mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit hæreditas:* lo mismo puede decirse del derecho natural, que no reconoce las diferencias de agnacion y cognacion. El Derecho Romano debe ser estudiado en cuatro épocas diferentes: el de las Doce Tablas: el derecho pretorio: el Derecho del Digesto ó lo que se ha llamado jurisprudencia media, y el Código y las Auténticas. Para evitar esplicaciones que nos llevarian demasiado lejos, nos limitamos á consignar el Derecho Real ó de Partida, base de la moderna jurisprudencia civil. Allí tienen las hijas reconocida la capacidad para suceder, no solo en los Mayorazgos, sino tambien en los reinos, ducados, condados, marquesados y baronías: *ad eorum successionem semper fæmina masculo ejusdem lineæ et gradus deficiente admitenda erit.* Ni podia ser de otra suerte: las hembras hacen derivar su derecho de la ley comun que las declara sucesoras legitimas de sus padres en todos los bienes, derechos y acciones que á los mismos correspondian: solo en virtud de una escepcion odiosa de la ley general pudieron ser escluidas: la regla es que el hijo, varon ó hembra, haya de suceder al padre, como no lo impida una ley anterior que es la fundacion, pero eso ha de ser de una manera clara, espresa y terminante: así lo dicen Molina, Rojas, Mieres, asi sobre todo lo prescribe la ley. Con arreglo á ella se han establecido algunos axiomas, por ejemplo: 1.° Cuando sean llamados los varones respectivamente en la fundacion, si alguna vez tienen llamamiento las hembras, no se entiende que el fundador tuvo en cuenta la agnacion, sino únicamente la prelacion de masculinidad. 2.° Cuando el fundador en los primeros nombramientos llama para la sucesion á sus hijos y descendientes varones, no se entiende con esclusion de las hembras. 3.° Si escluye á las hembras genérica y absolutamente por los varones sin añadir que las escluye por los varones muy remotos, se entiende que es por los varones de la misma línea y grado.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 6 de Octubre de 1857: Que en la sucesion de los Mayorazgos, las hem-

bras de mejor línea y grado deben por regla general ser preferidas á los varones de otras líneas ó grados mas remotos. Que para que deje de aplicarse la regla anterior, es necesario que las hembras sean escluidas en la fundacion literal y espresamente, sin que basten al efecto presunciones, argumentos ó conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean.

Sucesion por representacion.—Ley 9.ª, tit. XVII (por Pragmática de Felipe III, en Madrid el 1615).—Lo que la ley anterior habia hecho aclarando ciertas dudas sobre la esclusion de las hembras, hace esta desenvolviendo y confirmando la representacion. Por manera que su parte espositiva es el recuerdo de la ley de Partida y la 40 de Toro: ella advierte que por torcer el sentido de las palabras de la última «salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el Mayorazgo,» *han salido diversas dudas sobre colegir de la disposicion y palabra del instituidor cuando es visto quitar la representacion y haber dispuesto ó tenido voluntad de que no la haya, de que se han recrecido muchos pleitos con gran daño y costas de las partes.* Con vista de las quejas de las Córtes antes citadas de 1611 y de lo acordado por el Consejo, la presente ley declara y manda: *que en la sucesion de los Mayorazgos, vínculos, patronazgos y aniversarios que de aqui adelante se hicieren, asi por ascendientes como por transversales ó extraños, se guarde lo dispuesto en dichas leyes de Partida y Toro, y se suceda por representacion de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas, en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales Mayorazgos, aunque la muerte haya sido antes de la institucion de ellos, si no es que el fundador hubiere dispuesto lo contrario: y mando que no se suceda por representacion, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean: lo cual se guarde sin distincion ni diferencia alguna, no solamente en la sucesion de los Mayorazgos á los transversales, y no solo en los transversales al último poseedor, sino tambien en los que lo fueren del instituidor.*

Como la ley es declaratoria, no ofrece novedad su doctrina, y la llamamos así, no porque fuesen oscuras las leyes aclaradas, sino porque el ingenio es muy sutil y los cuantiosos intereses que se versaban en los litigios sobre Mayorazgos muy á propósito para aguzarle. ¿Quién encuentra fin á las conjeturas si se deja á los litigantes el recurso de presumir ó adivinar la voluntad del instituidor de un vínculo? La ley únicamente podia poner coto á los abusos, y gracias si despues de ella han acabado las interminables disputas que puede producir el derecho de representacion. Esta materia es inagotable, podríamos tratarla sin repetir ninguna de nuestras observaciones; pero eso probaria mas erudicion que ciencia: y á nada conduce desenterrar cuestiones que no autoriza la ley y que resuelve un mediano criterio.

¿Por dónde empezaríamos nuestro comentario, si hubiésemos de recordar lo que dejan olvidado Covarrubias y Molina y Mieres y Acevedo y Rojas? No: la ley principalmente, con lo que ya tenemos dicho, no merece tanto: la ley que no era retroactiva, que debia regir de su fecha en adelante, declara: 1.° que la representacion tenia lugar en Mayorazgos, vínculos, patronatos y aniversarios: 2.° lo mismo en la sucesion por ascendientes, como por los trasversales y estraños: 3.° que la representacion de los descendientes á los ascendientes, se verifique en los casos, tiempos, líneas y personas, en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los Mayorazgos, y no solo esto, sino aunque la muerte haya ocurrido antes de la institucion de los mismos: 4.° que la representacion solo cesa cuando el fundador la escluya terminantemente sin que basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean. Repite las mismas palabras que la anterior: es igualmente decisiva que ella.

Jurisprudencia.—La sentencia de 24 de Abril de 1861 resuelve que para fijar la proximidad de parentesco con el último poseedor, rige el derecho de representacion, por el cual se sucede en los vínculos y Mayorazgos con arreglo á esta ley.

Donaciones de D. Enrique II.—(Ley 10, tít. XVII.)—Los

Reyes Católicos en 1468, y D. Felipe II en 1566 mandan guardar por ley la famosa cláusula del testamento de dicho Monarca, que confirma sus donaciones con la declaracion de *que las hayan por Mayorazgo y finquen al hijo mayor de cada uno de ellos, y si muriese sin hijos legítimos que tornen los bienes á la Corona.*

No dejaba de ofrecer dudas esta cláusula por el empeño de los favorecidos en perpetuar una gracia limitada por la concesion al hijo mayor, de tal manera, que muriendo el poseedor sin hijo legítimo debia revertir á la Corona: para acabar de una vez las controversias de los autores, como tambien la diversidad ú oposicion de las sentencias de los tribunales, se publicó la siguiente

Ley 11, por la que D. Felipe V declara: *que los Mayorazgos de dichas donaciones reales del Sr. Rey D. Enrique II, son y se entienden limitados para los descendientes del primer adquirente ó donatario, no para todos, sino para el hijo mayor que hubiese del último poseedor, de tal manera, que no dejando el último legítimo poseedor hijos ú descendientes legítimos, aunque tenga hermanos ó hijos, ú otros parientes transversales, hijos legítimos de los que han sido poseedores, y todos descendientes del primer donatario, no se extiendan á ellos los dichos Mayorazgos, antes bien se entiendan excluidos y no llamados á ellos, declara llegado en tales casos el de reversion, lo cual se tendrá presente lo mismo en los pleitos que se ofrecieren en adelante, como en los que estuviesen pendientes, etc.*

Prohibicion de fundar Mayorazgos sobre bienes raices.—Ley 12.—(D. Cárlos III en 1789).—*Teniendo presente los males que dimanan de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpétuamente, abusando de la permision de las leyes y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al ejército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios, he resuelto que desde ahora en adelante no se puedan fundar Mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que*

no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpétuamente la enagenacion de bienes raices ó estables por medios directos ó inrectos, sin preceder licencia mia ó de los Reyès mis sucesores, la cual se concederá á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el Mayorazgo ó mejora llega ó excede, como debe ser, á tres mil ducados de renta, si la familia del fundador puede aspirar á esta distincion para emplearse en la carrera militar ó política con utilidad del Estado; y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices lo que se deberá moderar, disponiendo que las dotaciones perpétuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria ó de mucha utilidad pública; declarando, como declaro, nulas y de ningun valor ni efecto, las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar, que en adelante se hicieren sin Real facultad y con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas, y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculacion perpétua, mientras no concurra licencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario.

Esta ley es fundamental: debiamos trascribirla á fin de que se penetre mejor su espíritu, pues no faltan autores que cuentan desde ella el periodo de desvinculacion. Nosotros no nos atrevemos á decir otro tanto. Déjase traslucir el principio desamortizador que germinaba en aquel reinado; pero impedir los abusos era defender la institucion. El autor de los *Discursos sobre las Leyes*, observa oportunamente que la elevada pluma que dió á pública luz el tratado de la Regalía de Amortizacion, estendió igualmente su vuelo sobre la multiplicidad de Mayorazgos, mas este ilustre togado, condenando su abuso, no desprecia su conveniente uso. Era un paso en el camino de la reforma, atreverse á denunciar á los Mayorazgos como sospechosos de los males que afligian á todo el pais. Por

entonces tuvo lugar el nombramiento de una Junta de Estado que con arreglo á una instruccion comunicada al Consejo en 28 de Abril de 1789, «examinase bajo todos aspectos y relaciones las medidas que pudieran tomarse para aliviar á la nacion de la grave enfermedad que le producian las vinculaciones, sin perjuicio de que desde luego se estendiese á todo el reino el permiso de edificar en los solares y yermos, y de que por separado para no retardar la resolucion, hiciese presente el Consejo lo que le pareciera, así para reducir á cultivo y aprovechamiento las tierras de Mayorazgo abandonadas y eriales, como las que admitieran nuevos plantios y regadios.» Contenia esta instruccion varios artículos, sobre los cuales informaron por ciertocon lucidez y no poca energía, la Audiencia de Sevilla, Mallorca, Valladolid, Granada: pero todos estos espedientes quedaron en el Consejo, á pesar de los estrechos encargos del gobierno, de modo que no hay en la materia otra resolucion que esta ley, la cual á decir verdad, para aquellos tiempos no fué poco.

Nos duele tropezar con escritores como Escriche, que no obstante su talento, su juicio y su práctica, se lamentan de que no se acabara con los Mayorazgos de una vez, volviendo á la circulacion el inmenso cúmulo de bienes amortizados. Campomanes, el mismo Jovellanos, que en los §§ 185 á 199 del Informe sobre la Ley Agraria, tan duramente los trató, no se atreven á pedir su supresion, y ¡se quiere que la decretase un Monarca obligado á respetar no ya las tradiciones de clase, sino el uso y la costumbre de los siglos! La ley dió un gran paso para atajar los progresos de la amortizacion, y sino, examinémosla en sus tres partes. Parte espositiva: podia exigirse que denunciase los males, ¿y hay censura mayor que la que envuelven sus cortas líneas? Ningun escritor ha dicho mas, aunque, como Castro, haya escrito un libro con este solo objeto. Parte dispositiva: no pudiendo suprimir los Mayorazgos, debia restringirlos, ¿y cabe restriccion mayor que la que suponen tantos requisitos como eran necesarios para fundar un vínculo? Era necesaria real licencia, la cual se concedia á

consulta de la Cámara, nunca sin que precediera conocimiento de la condicion de la familia, de su estado de fortuna, evitando que se hiciera en bienes raices, sino sobre efectos de rédito fijo. Parte sancional: declara nulas como si no se hubiesen hecho las vinculaciones verificadas con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas y suceder libremente.

D. Cárlos IV, en 1795, á instancia de un particular sobre que se declarase válida ó nula la fundacion de un vínculo, patronato de legos que otorgó del tercio y quinto de sus bienes por testamento de 10 de Julio de 1785, bajo cuya disposicion falleció en el año 1793, decidió no estar comprendida en la prohibicion de ella la citada vinculacion, como hecha con anterioridad. Y esta declaracion, que con el fin de evitar en adelante dudas y recursos de igual naturaleza, quedó como regla general, es la siguiente ley 13, que como se vé no exige comentario.

Podemos decir lo propio de las restantes del mismo título: todas fueron accidentales; conseguido su objeto no se pueden recordar sino para memoria y como testimonio de que ibase barrenando un edificio mirado con desconfianza, casi con ódio, pero cuya ruina espantaba si se hacia de una vez.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 27 de Setiembre de 1845: Que la ley 12, tít. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion, no tiene por objeto crear una legislacion nueva sobre sucesiones, y por consiguiente que al conceder á los parientes inmediatos del testador el derecho de suceder en los bienes ilegalmente amortizados, debe entenderse en su caso y lugar.

Por otra de 20 de Diciembre de 1860: Que aunque sea incuestionable la legalidad de la fundacion de un vínculo, no puede sin embargo reconocerse su existencia cuando no llegó á constituirse, ni se sabe si á la muerte del fundador quedaron ó no bienes de los en que debia tener efecto la vinculacion, ni cuáles fuesen caso de haberlos. Que es un principio de derecho que los bienes deben tenerse por libres, mien-

tras que no se justifique hallarse afectos á algun vínculo ó gravámen.

En otra de 30 de Diciembre de 1861 se resuelve: Que en 1753 no se necesitaba para fundar un Mayorazgo la real licencia, siempre que no gravase las legítimas de los inmediatos sucesores del fundador. Que en su virtud, un Mayorazgo fundado en dicha época, para cuya fundacion se establecia que se pidiera la real licencia, aunque así no lo hiciese, adquirió toda su fuerza tan luego como adquirió valor la disposicion testamentaria en que se fundó. Y que separándose una sentencia de la espresa voluntad de los testadores, que es la ley en los litigios sobre sucesion, infringe dicha ley y procede contra ella el recurso de casacion.

Los mas directamente interesados en desautorizar las vinculaciones, que por un órden natural debian ser los encargados de redactar el proyecto de ley suprimiéndolas, no usaron lenguaje mas fuerte que el que habia usado la Sala de Alcaldes de Casa y Córte en el informe dado al Sr. D. Cárlos IV en 25 de Junio de 1807. En el tomo del *Diario de Sesiones* está aquel proyecto, y aunque no contiene mas que estractos, que todavia por su estension no podemos reproducir, léase y se verá si dada aquella censura, faltaba mas que pronunciar el fallo. Unanse á esto el voto de los sábios, en general poco afectos á los Mayorazgos, el desprestigio de una institucion que siendo tan comun habia dejado de ser una dignidad, el influjo de estrañas ideas, la privanza de algunos validos, y la situacion de España, y tenémos esplicada la *necesidad*, que fué la *razon de decidir* de las siguientes leyes. Se nos permitirá que para abreviar presentemos un breve resúmen. Con harta facilidad nos olvidamos de que nuestro trabajo debe de ser mas detenido que unos elementos, pero no tan completo como una enciclopedia.

Ley 14.—Por decreto de 21 y cédula de 24 de Agosto de 1795, con objeto de aumentar el fondo de amortizacion de vales, se estableció la contribucion de 15 por 100, que mas tarde se aumentó hasta el 25 por 100 sobre el total importe de todos los bienes raices ó estables, derechos ó acciones reales que en

adelante se vincularen, ó que de cualquier modo se prohibiere su enajenacion con real licencia, esceptuando solamente los fondos que se impusieren sobre la Real Hacienda ó que se emplearen en vales reales.

Ley 15.—Por real resolucion y circular del Consejo de 8 de Octubre de 1802, se declararon exentos de contribucion los capitales impuestos en los cinco gremios de Madrid y en la compañía de Filipinas con destino á fundacion de Mayorazgo, y tambien cualquier otra de la misma naturaleza, quedando sujetos á su pago los bienes raices de cualquiera denominacion, la de los censos y efectos civiles, cuya traslacion de dominio produzca accion sobre cosa real ó hipoteca, previniendo que si se verificaban fundaciones de vinculo sobre tales imposiciones, se pusiesen en las escrituras las correspondientes notas, para en caso de que se redima y reimponga su producto en censo ó bienes raices, contribuir con el derecho espresado.

En real órden de 28 de Febrero de 1818 se declara que la citada cédula de 24 de Agosto de 1795 eximió de la contribucion del 15 por 100 los capitales que las manos muertas impongan sobre rentas Reales, ó empleen en vales, con el fin de que, paralizado el curso de tales capitales, gravite menos deuda circulante contra el Estado, y tengan los acreedores un aliciente para emplear sus créditos, dándoles mayor valor y precio; y á fin de que no se eludan estos fines, poniendo en circulacion los citados capitales, se previene que no se reconoce legitima su adquisicion por los cuerpos eclesiásticos, si no se ponen las correspondientes notas en las oficinas de crédito público.

Ley 16.—En decreto de 19 de Setiembre de 1798, con objeto de conservar integras las vinculaciones y el lustre de las familias y de restituir las haciendas al cultivo de propietarios activos y laboriosos, se concedió á los poseedores de Mayorazgos, patronatos de legos, etc., facultad de enajenar los bienes de su dotacion en pública subasta ante las Justicias ordinarias, con prévia tasacion y fijacion de carteles, por tér-

mino de treinta dias, destinando sus productos liquidos al préstamo patriótico que se habia abierto para ocurrir á los gastos de la guerra, é imponiéndolos sobre la Real Hacienda en la Caja de Amortizacion con el rédito de 3 por 100 al año.

Ley 17. — Con el fin de facilitar el objeto del anterior decreto, en otro de 11 de Enero de 1799 se concedió á los poseedores que voluntariamente enajenaran los bienes la gracia de que, entregándose por el Director de la Caja de Amortizacion la escritura de imposicion de toda la cantidad liquida, deducidas cargas, se devuelva y entregue á los mismos poseedores por via de premio la octava parte de la propia cantidad en igual especie de moneda en que se hubiese percibido.

Ley 18. — Para promover la venta de bienes de establecimientos pios y facilitar á los poseedores de Mayorazgos la reunion de fincas dispersas, se dió facultad en decreto de 16 de Diciembre de 1802 para que pudiesen enajenar las fincas vinculadas que existieren en pueblos distantes de los de su domicilio, y subrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en estas las cargas de las vinculaciones, con tal que mientras se verifica la subrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la Real Caja de Estincion de Vales, donde devengará un 3 por 100 á favor de sus dueños, entendiéndose que entonces no gozarán de la gracia de la octava parte.

Ley 19. — Comprende varios capítulos de la real cédula de 1800 dictando las reglas que deben observarse para la enajenacion de bienes de Mayorazgos, vínculos, patronatos y otras fundaciones.

Ley 20. — Por real órden de 11 de Mayo y cédula de la Cámara de 10 de Junio de 1805, se habilitó á todos los poseedores de Mayorazgos ó patronatos de legos para que pudieran comprar las fincas que les acomodara de sus mismos Mayorazgos, bajo las siguientes prevenciones: 1.ª, que la habilitacion sea sin perjuicio del premio de la octava parte, y por el precio de tasacion de las fincas, sin mas formalidad que la de aprobarse la venta por el Intendente de la provincia; 2.ª, que la tasacion se hiciese con autoridad judicial por peri-

tos que elijan el comprador vinculista y el sucesor inmediato, con citacion del Administrador de la Real Caja de Consolidacion; 3.ª, que en el caso de minoría ó larga ausencia del sucesor, se entienda la citacion con el Procurador síndico, y el nombramiento de perito con un curador judicial elegido con citacion del comisionado administrador; 4.ª, que el rédito al 3 por 100 del capital en que se ejecuten las enajenaciones nunca baje del importe del producto líquido de las fincas, regulado por el último quinquenio; 5.ª, que se divida ó espere el pago de los bienes así vendidos por término de cinco años, satisfaciendo la referida Caja de Consolidacion, en la que ha de entrar el importe de aquellos, los réditos correspondientes, así como el comprador y sucesores abonarán el interés respectivo á la cantidad del capital que no hayan satisfecho.

Ley 24, *tít XV, lib. X, Nov. Rec.* — Pertenece finalmente á la materia esta ley, segun la cual, por resolucion de 15 de Diciembre de 1804 y cédula del Consejo de 17 de Enero de 1805, se concedió facultad á los poseedores de Mayorazgos para que, con objeto de redimir las cargas de sus fincas, pudieran vender otras pertenecientes á la misma fundacion en pública subasta ante las Justicias ordinarias, debiendo imponerse en la Caja de Estincion de Vales el sobrante que, despues de redimidas cargas, resultare, del cual se abonará al poseedor del vínculo la octava parte, sin que ni por la venta ni redencion se exija alcabala ni otro derecho, ni el 15 por 100 de la nueva imposicion que á su favor se hiciere.

Artículo 11.

Exámen de las reglas sobre Mayorazgos.

Los tratadistas han formulado en pocas reglas el resúmen de la doctrina sobre Mayorazgos: su exámen, tratándose de un asunto regido en gran parte por los principios de jurisprudencia, viene á suplir el vacío de las leyes.

Regla 1.ª « El órden prescrito en la ley 2.ª, tít. XV, Par-

tida II, para la sucesion de la Monarquía, es la norma de todos los Mayorazgos.» Se refiere á los regulares y á los dudosos, pues los irregulares se rigen, segun hemos dicho, por los términos de la fundacion.

2.ª «Los Mayorazgos por su naturaleza son indivisibles.» No se puede cuestionar sobre esta circunstancia, señalada como el carácter y el principal defecto de la amortizacion. Solo habia un caso esceptuado de esta regla; es el de la ley final, tít. XXXIII, Part. VII: *E si fueren ambos varones, é non puede ser sabido cual dellos nació primeramente, estonce ambos deben haber aquella honra é el heredamiento que habria el que ante naciere, á quien dicen en latin primogénito.* Naciendo de un parto varon y hembra, en caso de duda, se presume que aquel nació primero; y si hubiera sido preciso el auxilio de una operacion, el que la persona que asiste al parto haya recibido antes en sus manos.

Regla 3.ª—«La sucesion en el Mayorazgo es perpétua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador.» Algunos han impugnado á Molina que es quien con mas teson ha sostenido el principio de la perpetuidad de los vínculos. Si se quiere, convenimos en que no en todos concurre este requisito, porque el fundador puede limitar los llamamientos; ¿pero la naturaleza del vinculo no es la perpetuidad? ¿Podia no serlo habiendo sido esa la aspiracion y ese el carácter de los antiguos feudos? Así es que todas las circunstancias concurren á acreditar ese principio: aunque el fundador haya llamado á su primogénito y descendientes sin hacer mencion de los demás, no por esto se entienden escluidos, sino que vienen faltando la descendencia del primero. Por ser el Mayorazgo perpétuo, no se pedian enagenar sus bienes, sino medante licencia del Soberano por utilidad pública ó del Mayorazgo, con conocimiento de causa y citacion del inmediato sucesor. Tampoco tenia lugar la prescripcion ordinaria, aunque sí la inmemorial concurriendo los requisitos necesarios para la enagenacion, y especialmente la Real licencia.

Regla 4.ª—En los Mayorazgos deben tenerse presentes

cuatro cosas: la línea, el grado, el sexo y la mayor edad: por línea se entiende la del último poseedor, que es preferida á todas: dentro de ella es preferido el grado, respecto del cual conviene no olvidar la representacion que procede, lo mismo en línea recta que en la trasversal: el sexo, porque el varon escluye á la hembra si es de la misma línea y grado: y la mayor edad, que es circunstancia preferente, en igualdad de casos.

Regla 5.ª—«Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante á la del tercero y cuarto.» La línea de los primogénitos se considera llamada á la sucesion hasta lo infinito, dice Molina en la pág. 389, col. 2.ª, núm. 9, por lo cual no es estraño que solo cuando se haya completamente estinguido, pase á la del segundogénito. En la aplicacion de esta regla pueden ocurrir varios casos, segun la diversidad de hijos, como puede verse en los autores, uno de ellos Rojas, que en su obra de *Incompatibilitate*, trata la materia con minuciosidad y con órden: aunque tambien se dice que en los Mayorazgos regulares, por punto general se entiende la regla con esclusion de los ilegítimos, entre los cuales no se cuentan los nacidos de matrimonio putativo con impedimento ignorado por uno de los padres ó por los dos.

Regla 6.ª—«El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion.» Coincide esta regla con la anterior, y exigiria como hemos dicho, varias distinciones para su desenvolvimiento. El legitimado por subsiguiente matrimonio se hace legítimo; pero es desde esta fecha, ó sea desde que sus padres se casaron, de donde parece inferirse la siguiente consecuencia: que si en el intermedio el padre hubiese contraido otro matrimonio, y de él hubiese tenido un hijo legítimo, este seria tenido por primogénito, y por lo tanto, preferido en la sucesion. Así lo afirma Rojas en la pág. 38, núm. 9: *filius prius legitimus, licet posterior natus præocupat lineam primogenituræ*, desenvolviendo en muchos mas esta duda, que se habia propuesto en el núm. 5. Pero el autor tiene cuidado de espresar que no es

tan segura la opinion que no militen buenas razones en favor de la contraria. Cuando el ilegítimo posteriormente legitimado, y el legítimo han nacido de unas mismas personas, el primero será preferido; y necesariamente ha de suceder así, como no sea que la fundacion disponga otra cosa, pues su legitimacion no puede ser posterior al nacimiento del legitimado.

De los legitimados por rescripto del Príncipe nos hemos ocupado ya: son dos los casos en que pueden encontrarse: el primero haber sido llamados espresa y determinadamente en la fundacion, y entonces nada hay que decir; son sus derechos incuestionables: su preferencia, como que se deriva de la fundacion, es legal. Lo cual tiene lugar, no solo cuando el espurio fuera legitimado en vida del padre, sino aunque lo hubiese sido despues de su muerte: *quod nedum procedit, quando ipse filius spurius in vita parentis à patre legitimatur, sed etiam quando legitimatur post mortem patris* (Molina).

El otro es cuando nada se halle dispuesto: en este segundo caso en vez de aceptar opiniones que se siguen por rutina, hay que atender á lo que previenen las leyes: la 9.ª, tit. XVIII, Part. III, dice: *Otrosi otorgamos al legitimado que pueda ser recibido en toda honra que fijo legitimo deba é pueda aver: é non le empezca en ninguna manera, porque non fué nascido de muger legitima, nin vala por ende menos.* En cuya virtud la 12 de Toro añade: *Pero en todas las otras cosas ansi en suceder á los otros parientes, como en honras é preeminencias que han los fijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legitimo matrimonio.*

La pretendida regla de que el legitimado por rescripto del Príncipe es escluido de la sucesion por todos los parientes del fundador, necesita este correctivo.

Regla 7.ª—«La proximidad del parentesco se ha de considerar respecto del último poseedor.» Esta regla se ha de entender como añaden los autores y dice Molina en el núm. 2, capítulo IX del lib. III, siempre que los parientes por línea lateral sean tambien parientes del fundador. La dificultad puede acontecer cuando muerto sin descendientes el poseedor de

un Mayorazgo, concurriesen de una parte un pariente mas próximo del poseedor de la familia del fundador, y otro mas próximo de este aunque mas lejos de aquel. En este caso, segun doctrina de los autores, que forma regla en materia de Mayorazgos, el primero y no el segundo seria preferido, pues la proximidad se cuenta respecto del último poseedor y no del fundador: seria moralmente imposible, dice Molina en el capítulo XIII, averiguar la preferencia en un pleito cualquiera, si se hubiese de contar de otro modo.

La misma cuestion se presenta mas grave en otro caso de que se ocupa Rojas, y del cual por ser notable vamos á dar una breve noticia. Supóngase que por faltar la línea agnaticia ó la masculina en los Mayorazgos de estas especies, hubieran de suceder las hembras, se pregunta: ¿cuál será la preferida, la de la línea anterior del másculo primer llamado, ó la de la línea del último poseedor? En favor de esta última se invoca la autoridad y se dan fuertes razones. Baldo dice: que el feudo se concluyó y consolidó en el último másculo: luego de él pasó á su hija heredera, y no vuelve ya atrás á un grado destituido y caduco; *nam quod semel est annihilatum, nunquam resurgit:* añade que por la persona del padre, último poseedor, se aumenta el derecho de la hija, puesto que se considera una y la misma persona, y así es que el dominio continúa y no se revoca, ni se considera un nuevo feudo, sino su continuacion. Los principales argumentos son los siguientes: que la hembra, una vez escluida por el másculo, permanece siempre escluida, aunque falte luego el varon; que cuando la sucesion entra en una línea no debe hacer tránsito á otra mientras quede una persona de ella; que lo contrario ofreceria grandes inconvenientes, pues admitido ese retroceso, los pleitos serian interminables; que la proximidad se cuenta siempre respecto del último poseedor, etc.; pero sobre todo, y esto es lo que aumenta el mérito de la cuestion, que existe un precedente respetable en el compromiso de Caspe, acontecimiento histórico que ha llegado á ser famoso en los fastos de la Corona de Aragon. D. Martin escluyó de este Reino, por ser agnaticio,

á doña Violante, hija del rey D. Juan, su hermano primogénito, que murió sin dejar ningun hijo varon, sino solo una hembra, Doña Violante, la cual tuvo á D. Luis, nieto másculo por parte de madre, escluida por su tio D. Martin. Este dejó además una hermana, que fué madre de D. Fernando, por lo cual contendieron sobre la sucesion del Reino D. Luis, nieto del primogénito de la línea postergada por su madre doña Violante, y D. Fernando, hijo de la hermana del rey D. Martin, como descendiente de la línea del último poseedor. Don Martin declaró que la sucesion del Reino, despues de su muerte, correspondia á D. Fernando, hijo de su hermana. Para terminar las disputas originadas por este llamamiento se nombró una Junta de nueve eminentes varones, entre ellos San Vicente Ferrer, los cuales pronunciaron sentencia en favor de D. Fernando y en contra de D. Luis, aduciendo varias razones; una de ellas decia así: *Sicut intercisa fontis vena atque alto derivata, totius prioris cursus alveus aqua privatur, ita tota progenies ejus qui semel á successione paternis fontis esclussus est in perpetuum exarescit.* Esta sentencia fué confirmada por Benedicto XIII.

En favor de la opinion contraria hay argumentos de autoridad y otras razones: cítanse las siguientes palabras de Baldo: *si ergo excluduntur quousque extent masculi, eis cessantibus, reintegrantur ad jus á quo fuerunt exclusæ:* alégase además por via de prueba que faltando varon ó sea la única cualidad del Mayorazgo, es justo interpretar la voluntad del testador del lado de sus afecciones, y claro es que en este caso se halla la hembra de mejor línea: que en la sucesion de las hembras se ha de seguir el mismo órden que en la de los varones, y la preferencia está en favor de estos por razon de la proximidad del testador: que una sustitucion declara á otra, y que la sucesion en las hembras debe hacerse como en los varones, del mas próximo en el mas próximo: que como la masculinidad no pasa á la hija del último poseedor del difunto, tampoco pasa la facultad de escluir á la hembra mas próxima que solo pudo ser escluida por otro como másculo: que las hembras no están esclusas, sino solo suspensas: que seria absurdo preferir las nietas mas remotas á las hijas próximas.

No faltan quienes sostienen una opinion media creyendo que deben admitirse sin distincion unas y otras. Todo lo toma en cuenta Rojas, si bien se inclina á la primera por deferencia al voto de un gran santo, y por respeto á la autoridad pontificia.

Regla 8.ª—«En los Mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.» Hallamos consignada la misma regla en Molina, cap. VIII, lib. I, número 10 y 11: allí, como en todos los escritores, se establece una distincion esencial, y es: que no sucede lo propio respecto del fundador, al cual se sucede por derecho hereditario, de cuyo principio se derivan varias conclusiones hoy sin interés, sobre si puede ó no renunciarse el Mayorazgo; si puede suceder en él el hijo del desheredado, y si el sucesor estaria obligado á las deudas de su antecesor.

La regla 9.ª es relativa á la posesion, que como hemos dicho, se trasfiere por beneficio de la ley al inmediato sucesor.

La 10.ª está fundada sobre la ley 46 de Toro, que declara en favor del vínculo las mejoras hechas en él.

La 11.ª reproduce el contenido de la 43 sobre el modo de probar el Mayorazgo.

La 12.ª y última, verdadera fórmula en esta materia, declara que todas estas reglas ceden á la voluntad del fundador, el cual puede poner las condiciones que quiera, con tal que sean posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que por su falta pierde el Mayorazgo la persona á quien tocaba por derecho de sangre.

Artículo 12.º

De los Patronatos.

Los autores de Derecho Civil examinan los patronatos, pero no podemos disimular la repugnancia que nos cuesta entrar en una materia que es del dominio esclusivo de los canonistas. Nos arredra pedir materiales á otras ciencias, cuando no-

sabemos cómo abreviar los muchos que nos ofrece la nuestra. Los Berardis, los Van Ezpen, los Aguirres, los Golmayos, son autores mas competentes: preferimos recomendarlos primero que esponernos á deslucir en un reflejo pálido las muchas doctrinas que atesoran sus escritos. Las ligeras noticias que apuntamos tienen solo por objeto caracterizar esta institucion á fin de dar á conocer si la alcanza, y en qué parte, la reforma.

Definicion y razon de ser del patronato.—Conjunto de derechos útiles, honoríficos y onerosos que competen al que ha fundado ó dotado iglesias ó beneficios. La Iglesia no halló inconveniente en conceder ciertas prerogativas, de las que no son incapaces los legos[1], con objeto de recompensar y estimular su piedad en favor del culto cristiano.

Sus especies.—Eclesiástico laical y mixto: el primero va unido á alguna iglesia, dignidad ú oficio eclesiástico: el segundo corresponde á personas legas ó corporaciones. Sin embargo, la diferencia no debe buscarse en las personas, sino en los bienes de su fundacion: por lo cual será mixto el que participe de la naturaleza de uno y otro: como por ejemplo, si concurren á la fundacion, uno con bienes eclesiásticos y otro con bienes familiares, si siendo uno solo, hace la fundacion con diferentes bienes, etc.

Real ó personal.—El primero va anejo á algun título ó derecho, y pasa al poseedor de este: eso sucede siempre en el patronato eclesiástico: el segundo corresponde á una persona sin consideracion á la cosa.

Hereditario y familiar.—El primero pasa á los herederos conforme á la voluntad del poseedor: al familiar son llamados únicamente los de la familia: si en ese número entrasen como de la familia los colaterales, seria gentilicio: dicho patronato familiar adquiere el nombre de primogenial, cuando es llamado el primogénito de cierta familia ó agnacion: lineal, si concurre toda la línea, y estinguida una, pasa á otra; descendental, cuando sean llamados los descendientes, estén ó no fuera de la familia. Hay por fin un patronato mixto, en el que con-

curren las cualidades de herederos é individuos de la familia.

Activo y pasivo.—El uno da derecho á presentar para un beneficio: el otro para ser presentado.

Personas incapaces de este derecho.—Se vendrá en conocimiento de los que están en este caso, recordando que el patronato es derecho espiritual y anejo á cosas espirituales, que el patrono es un defensor de la Iglesia. Son, pues, incapaces los judíos, infieles, herejes y excomulgados, con excomunion mayor y contumaces. Las mujeres y los niños son personas hábiles; pero las mujeres, como no sean ilustres, tienen limitadas sus preeminencias: no reciben en la iglesia los honores de incienso, etc. Los monjes, no obstante los votos, pueden tambien adquirirlo ó retenerlo, ó por privilegio ó cuando les correspondiese, siendo el patronato familiar ó gentilicio.

Causas de adquisicion.—Fundacion, reedificacion ó dotacion, prescripcion y privilegio. En la fundacion hay que distinguir si es de beneficio ó de iglesia; en el primer caso basta el acto de aplicar los bienes necesarios para el sostenimiento del culto: en el segundo han de concurrir tres cosas: donacion de un unido, construccion del templo y dotacion, sin lo cual seria un bienhechor digno de alguna gracia; pero no un patrono con sus preeminencias. El patronato por reedificacion ó aumento de dote, no se adquiere sino por pacto espreso con el superior eclesiástico, mediando evidente necesidad de la iglesia ó del beneficio y á calidad de que el aumento no sea insignificante, sino que segun Constitucion de Adriano VI, ha de ser cuando menos la mitad de la dote que hubiera quedado. Y por supuesto, en iglesias de patronato, antes que admitir estrañas ofrendas debe contarse con el patrono. La prescripcion procede en este derecho por las reglas generales, y tiene lugar á los cuarenta años contra los patronos, y por posesion inmemorial contra la iglesia libre, consistiendo la diferencia en que por la segunda hay que derogar el derecho comun que considera los beneficios de libre colacion del Obispo. Si por motivos que fácilmente se alcanzan los privilegios antes del siglo XV, pudieron ser frecuentes y concedidos por los Obispos, lo mismo que

por los Pontífices ; no así despues del Concilio de Trento; no así conforme á la actual disciplina eclesiástica, segun la cual los Obispos no pueden concederlos, y aun por lo que toca á los Pontífices, consultarán la necesidad y utilidad de la Iglesia, única causa para derogar las leyes eclesiásticas.

Trasmision.—Se trasfiere el patronato de varias maneras en relacion con su misma naturaleza: si es laical personal, se trasfiere con la herencia é *in solidum* por ser indivisible, á los herederos, testamentarios ó legítimos: si es real, pasa con el fundo á aquel que le hâ adquirido. Si eclesiástico, entra en su disfrute el sucesor en la dignidad ó prebenda á que está unido: por último, en tanto que no se separe de la cosa, admite las demas formas de trasmision, la permuta, la donacion, la venta.

Prueba.—Se verifica por las tablas de fundacion, y en su defecto, por testigos que depongan de la conformidad de los ejemplares presentados: por testigos que afirmen haber visto los instrumentos públicos, ó den testimonio de derecho por enunciativas espresadas en varios documentos, y por diferentes notarios; por inscripciones, epitáfios, é insignias de familia: por presentaciones hechas durante cien años, ó por tiempo inmemorial si han tenido efecto, aunque el tiempo no esté bastante claro: por decreto del Obispo que equivalga á un acto de reconocimiento, como si señalase alimentos al patrono, y por la narrativa del Romano Pontífice si al conceder el beneficio espresa en ella que está sujeto al derecho de patronato. Cuando se trate de personas poderosas, comunidades ó universidades, se exige prueba mas fuerte, y además de la posesion inmemorial, se requieren presentaciones hechas por espacio de cincuenta años, que consten de documentos auténticos y que todas hayan tenido efecto.

Presentacion y sus efectos.—Hemos indicado que es la presentacion el nombramiento hecho por el patrono de un sugeto idóneo para la iglesia vacante, que para que se verifique en forma debe hacerse por escrito, poniéndole en manos del Obispo. El tiempo, que ha de empezarse á contar desde que la va-

cante llegó á la noticia del patrono, es por el Concilio de Letran de cuatro meses para los legos, y por disposicion de Alejandro III, seis para los eclesiásticos. Esta desigualdad está compensada con otras ventajas; la principal es que el patrono lego despues de la primera presentacion, puede hacer sucesivamente otras varias, aunque sin poder retirar la primera, que es por lo que se llama variacion acumulativa. El patrono eclesiástico que á sabiendas ó por ignorancia presenta un indigno ó inepto, pierde por aquella vez su derecho; el lego dentro del cuadrienio puede hacer nuevas presentaciones: varía tambien la forma de provision, pues los beneficios parroquiales de patronato eclesiástico se han de conferir por concurso; para los de patronato eclesiástico basta el exámen particular del presentado. Si los patronos fueren muchos, han de elegir el modo mejor de verificar la presentacion para evitar discordia, que puede ser á votos ó alternando por turno en las vacantes. Viene despues de todo la institucion, que es la colacion hecha por el Obispo en el presentado por el patrono, si es que le encuentra digno; del juicio del colador cuando rechaza alguno por indigno, se admite apelacion.

Otros derechos del patronato.—Alimentos.—Tiene el derecho de percibirlos si llega á estado de pobreza, en cantidad correspondiente á su clase y servicios segun la prudente regulacion del Prelado, pero esto se entiende en concepto de probar que no ha venido á ese estado por su culpa y que la iglesia tiene algun sobrante; si el patrono fuese una corporacion, en la imposibilidad de socorrer á todos los individuos, seria preferible ayudarla á sostener sus cargas con alguna prestacion.

Derecho de inspeccion.—Daba este derecho á los patronos su carácter de protectores; por cierto que tanto abusaron de él, que fué necesario poner remedio, impedir como lo hizo el Concilio de Trento, y antes se habia dispuesto por algunas decretales, que se mezclasen en nada espiritual; de modo que solo pueden usar de esta prerogativa para inquirir si los beneficiados cumplen bien sus cargas, si administran sus bienes,

etc., y si notan algun abuso, poniéndolo en noticia del superior.

Como derechos honoríficos, tienen el de poner su nombre en la iglesia, pintar ó esculpir en las paredes sus armas, aunque no los eclesiásticos, para que no se crea su patronato hereditario, asiento de distincion, honor de incienso y otros; estándose en cuanto á muchas de estas cosas mas bien que á la ley, á lo que establezca la costumbre.

Modos de perderse el patronato.—No obstante su carácter de perpetuidad, puede perderse el patronato por varias causas; las principales son: por voluntad del fundador, por algun hecho del patrono, y por la naturaleza de las cosas; del primer modo cuando se ha puesto alguna condicion bajo de aquella pena, si no se cumple; del segundo ó por omision del patrono, como en la prescripcion; ó por cometer algun delito, si mata ó mutila al rector ú otro beneficiado, si incurre en heregía ó excomunion, lo vende ó lo trasfiere contra las prescripciones canónicas, etc. Por la naturaleza de las cosas se pierde, cuando se arruina la iglesia en que está fundado, ó si se destruye el beneficio; obligacion es del patrono proceder á la restauracion, y si el Obispo no lo considera conveniente, el patronato acaba.

Artículo 13.°

Capellanías.

La capellanía, en significacion distinta de capilla, es la carga de celebrar anualmente una ó muchas misas en la capilla, iglesia ó altar.

Sus especies.—Las capellanías son de tres maneras: *mercenarias*, *colativas* y *gentilicias*, cuyas diferencias y efectos pasamos á esplicar.

Las capellanías *mercenarias* se instituyen sin intervencion de la autoridad eclesiástica, y no sirven de título de ordenacion; vienen á ser una especie de vínculos ó mayorazgos con el gravámen de celebrar ó mandar sus poseedores que se ce-

lebre cierto número de misas en las iglesias, capillas ó altares designados por el fundador. Se llaman mercenarias, porque el sacerdote encargado de las misas, solo tiene derecho á la merced ó estipendio; laicales, porque las poseen los legos, y profanas, porque los bienes de que se componen continúan en la clase de temporales. Se les da asimismo el nombre de memorias de misas, porque son fundaciones de misas que uno hace para conservar su memoria; legados pios, porque suelen instituirse con un fin piadoso por vía de manda ó de legado; y patronatos de legos, porque los poseedores son legos y se consideran como patronos que pueden nombrar sacerdote que celebre las misas, y removerle cuando guste ó mandarlas celebrar á cualquier otro sin necesidad de nombramiento, de donde les viene el que tomen tambien el nombre de manuables y amovibles *ad nutum* ó á voluntad.

El patrono de estas capellanías puede ser soltero ó casado, hombre ó mujer: cumple con hacer levantar las cargas exigiendo recibo del sacerdote que celebre las misas, para acreditar su cumplimiento al Obispo; posee los bienes como de mayorazgo, y no paga subsidio ni otro derecho de los que se impongan á las capellanías colativas. Como los bienes son enteramente profanos, el Obispo nada tiene que ver con ellos, y solo puede inspeccionar el cumplimiento de las cargas; el juez secular es el que ha de entender en las cuestiones sobre sucesion, que se ajustan en un todo á las reglas seguidas en los mayorazgos, de tal manera, dicen Rojas y su adicionador, que toman este nombre cuando la fundacion y sucesion es perpétua, y los bienes de su dotacion son indivisibles.

A la clase de capellanías mercenarias pertenecen las capellanías *cumplideras*, que son las que se confieren á presbíteros ó legos que no sean los patronos, con obligacion de celebrar ó hacer celebrar las misas y cumplir las demás cargas, y con el derecho de administrar sus bienes y gozar de todos sus productos.

El patrono tiene facultad privativa para nombrar capellan cumplidor dentro del término fijado en la fundacion; compe-

lerle por medio de los tribunales seculares al cumplimiento de las cargas y á la conservacion y cuidado de los bienes; en su defecto embargarle la renta; y por esta ó por otra causa, ó sin ella, quitarle la capellania, mandándolo así el fundador; y si falleciendo el capellan tarda el patrono en nombrar otro, puede el mismo juez secuestrar las fincas de la capellanía, hacer cumplir las cargas y depositar el sobrante, á fin de que lo perciba luego el capellan que se nombrare.

El título del patrono, aun sin tomar posesion, basta para gozar estas capellanías, como en la fundacion no se haya mandado otra cosa; si al capellan le conviniera tomarla, para darse á conocer de los inquilinos y que le contribuyan con las rentas, ha de acudir al juez ordinario. Pueden hacerse compatibles, ó para todos los capellanes, ó para algunos limitadamente, siempre que las rentas sufraguen para una decorosa subsistencia; de otro modo no. Si fuera la voluntad del fundador que se confieran á presbítero, y que el líquido de las rentas, bajadas cargas, se convierta en misas de cuota fija, y que el capellan celebre por su persona en iglesia determinada las que correspondan al respecto de diez ó veinte reales que hubiese señalado, conviene, á fin de evitar pleitos, que determine, mediante los dos requisitos de personalidad que exige, si el capellan ha de entregar al sacerdote que las celebre la propia limosna, ó cuál otra, si por hallarse ausente ó enfermo no celebra ninguna; pues como no son colativas ni á título de ordenacion, podia creerse que debia entregar toda la renta ó limosna, y regularse las misas por manuales, en las que no puede el capellan retener parte alguna, estando obligado, si no se conforma, á dejar la capellanía. Las capellanías mercenarias no pueden hacerse colativas, ni servir de título para ordenarse, á no ser que la fundacion permita que alguno se ordene con ellas por via de patrimonio. Cuando hubieren sido instituidas para parientes, ha de justificarse el parentesco ante el Juez Real, á no ser que por el fundador se haya conferido á los patronos la facultad de elegir al pariente que mejor les plazca, sin atender á la proxi-

midad de grado, debiendo servir de regla la fundacion en estos casos.

Capellanias colativas. — Dichas capellanías, por otro nombre eclesiásticas, son las que se instituyen con autoridad del Papa ó del Obispo, y sirven como título de ordenacion: se llaman colativas porque es propio del Obispo conferirlas.

La presentacion ó nombramiento puede corresponder á persona lega ó eclesiástica, segun la voluntad del fundador; pero la colacion é institucion canónica, el cuidado de la conservacion de las fincas y el cumplimiento de las cargas, bien así como el conocimiento de la legitimidad de los aspirantes en las capellanías fundadas para consanguíneos, corresponden al Ordinario diocesano del territorio en que estén fundadas; de suerte que el patrono tiene solamente la regalía de nombrar capellan dentro del término prescrito por derecho canónico.

Estas capellanías pueden conferirse á presbíteros ó á los que todavía no lo sean, para que se ordenen, segun disponga el fundador, y para obtenerlas, siendo simples, sin cura de almas, ha de tener el capellan catorce años, á no ser que el fundador mande conferirlas á los de menor edad; pero siendo con cura de almas, se requiere la edad de veinticinco años. La posesion de estas capellanías no se adquière por solo el hecho de la presentacion ó nombramiento, sino que es además indispensable la colacion ó institucion canónica.

No pueden ordenarse á título de las capellanías colativas, los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, en cuyo caso se hallan: el que no ha nacido de legítimo matrimonio; el bígamo, ya esté viudo, ya viva su primera mujer; el homicida voluntario; el siervo; el que hizo penitencia pública; el que estando gravemente enfermo se bautizó por temor de la muerte; el bautizado dos veces á ciencia cierta; el sugeto estraño y desconocido que no presente dimisorias ó testimoniales de su prelado; el hermafrodita; la mujer; el menor de siete años; el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas públicas, está obligado á dar cuentas. *(Leyes 12 hasta la 27, tít. VI, Part. I.)*

Capellanias gentilicias.—Se conocen por este nombre las capellanias colativas en que tiene derecho de patronato cierta gente ó familia designada por el fundador; de forma que las gentilicias son de la misma naturaleza que las colativas, á diferencia de que los patronos son siempre legos. Por ser colativas, no puede el fundador prohibir al Obispo que haga la colacion y canónica institucion, cuide de la conservacion de sus fincas y cumplimiento de sus cargas, ni que conozca de la legitimidad de los parientes, si se lo prohibe se tendrá su voluntad por irrita y nula.

Todas las capellanías, asi las mercenarias como las colativas, pueden fundarse por contrato ó por última voluntad; mas para ello es indispensable licencia del Rey del mismo modo que para la ereccion de Mayorazgos, segun se declaró por real resolucion de 20 de Febrero de 1796 y circular de 20 de Setiembre de 1799 *(Ley 6.ª, tit. XII, lib. I, Novisima Recopilacion).*

Algo de lo que hemos dicho tratando de la reduccion ó aminoracion de Mayorazgos, es aplicable á capellanías. La amortizacion eclesiástica no debia alcanzar mas favor: al contrario, mereció menos que la amortizacion civil, y como la penuria del estado crecia y como los medios escogitados no bastaban para sacarle de sus apuros, hubo que volver la vista á ciertos recursos indicados ya por el autor del tratado de la regalía de amortizacion, el de la ley agraria y otros, en cuya conformidad se dictó la Real cédula de 19 de Setiembre de 1798 *(ley 22, tit. V, lib. I, Novisima Recopilacion)*, que en el particular de que nos ocupa, hizo una alteracion importante. Los bienes de capellanías no podian antes enajenarse ni prescribirse, ni desmembrarse; mas en dicha Real cédula se dispuso la enajenacion de todos los bienes raices, pertenecientes á obras pías, memorias, patronatos de legos, cofradias y demas de esta clase: se dió facultad á los administradores de los bienes de dichos establecimientos en que hubiere patronato activo ó pasivo, por derecho de sangre para disponer de ellos: y se recomendó á los prelados eclesiásticos que activasen y

promoviesen las rentas de los bienes propios de capellanias colativas y otras fundaciones eclesiásticas, sin perjuicio de los derechos de patronato activo y pasivo. Los productos de estas rentas, asi como los capitales de censos que se redimiesen, pertenecientes á estos establecimientos y fundamentos, debian imponerse en la Real caja de Amortizacion, bajo el interés anual de tres por ciento para atender á la subsistencia de dichos establecimimientos y al cumplimiento de todas las cargas impuestas sobre los bienes enajenados.

Esta resolucion, que como en ella misma se espresa, no se tomó sino despues de un maduro exámen, se llevó á efecto con la mayor energia hasta que se mandó suspender por decreto de la Junta Central de 16 de Noviembre de 1808.

§ V.

Leyes de desvinculacion.

Articulo 1.º

Juicio crítico de los Mayorazgos.

Parécenos este el sitio mas á propósito para formar dicho juicio, pues desde él se descubre la historia antigua de los Mayorazgos y la severidad de la ley que los condena y los suprime. No importa que la causa haya sido sentenciada: podemos preguntar ¿la sentencia ha sido justa? La pregunta no es sencilla, el hombre mas imparcial no la contesta sin consultar primero á la opinion, y empezando por reconocer que es imposible contrariarla. Sí: la opinion habia desautorizado á los Mayorazgos, y los abandonó sin defensa al ardimiento de la reforma. Ahora bien, si fuera posible un cambio de opinion ó por interés ó por convencimiento, de seguro no parecerian tan odiosos los Mayorazgos, admitiendo que debian corregirse sus abusos, señalarles límite, dificilmente se votaria su estincion. La materia no es libre, porque si es cuestion de principios, es mas de política.

Las vicisitudes de estas leyes no son una garantía de esa rectitud, de esa imparcialidad que carateriza siempre á las obras de justicia, que hace respetable el fallo de los hombres. Aunque la cédula del año 24 tiene pocas que se le asemejen como medida reaccionaria, mala y todo como fué, no tendria esplicacion si se la examinara independientemente del espíritu de su época. Y lo que es cierto en aquel período es una verdad en el nuestro: la opinion no ha esperimentado un cambio perceptible; hoy como en el año 20 acusa á las vinculaciones, bendice las leyes que las suprimieron; ¿pero tan general y tan constante ha sido esta creencia que en la fluctuacion y en la lucha de las ideas reinantes, ni una vez siquiera haya levantado la cabeza el principio mayorazguista que se cree abatido y muerto? Los sucesos contemporáneos no se escriben, se sienten, eso es lo que queremos que se reconozca: habrá muchos, muchísimos y de los que mas exageraron la censura que se acusen por su entusiasmo, que se arrepientan de su violencia: habrá muchos, muchísimos que viendo que es insensato destruir lo mismo que han sido los primeros en solicitar, estimen en menos sus merecimientos, despojados de la perpetuidad que ha conservado y hace ilustres los antiguos. Los partidarios de esa opinion que la enlazan con el pensamiento de una cámara senatorial sin temor de parecer infieles á sus antecedentes, serian hoy menos opuestos que antes á las vinculaciones, si es que resueltamente no daban su voto para el restablecimiento.

Un principio de alta prevision recomienda que no se haga intervenir las nociones de estricta justicia en el concepto que se forme de ciertas leyes que fian mucho á la instabilidad de la pasion política. No podemos dar consejo mas imparcial á los jóvenes dentro del respeto que nos inspira la ley, y en la necesidad de espresar un juicio sobre el carácter de una institucion que pertenece ya á la historia.

Ha sido tan poco afortunada la de los mayorazgos, que convirtiendo en motivos de acusacion las mismas preeminencias que constituyeron su engrandecimiento, se les ha combatido por todos los publicistas y en todos los terrenos, siendo tan gran-

de la cruzada levantada en contra de ellos, á últimos y principios de este siglo que cuesta menos condenarlos, que sostener, por mas que sea cierto, que no fueron en sus tiempos un anacronismo y una iniquidad.

¿Quién es capaz de decir hasta qué punto ha llegado la exaltacion de los impugnadores de Mayorazgos? D. Gaspar de Criales y Arce, arcediano de Rijoles, en una obra dedicada en 1646 al Sr. D. Felipe IV, dice que seria conveniente prohibir las fundaciones de los Mayorazgos. Pedro Navarrete, eclesiástico que escribió en el año 1626, hallaba conveniente una absoluta prohibicion de semejantes fundaciones, no llegando su renta á tres mil ducados; Campomanes refiere una ley del ducado de Módena de 1663 que entre otras providencias para la estincion de Mayorazgos prohibia nuevas fundaciones, no llegando su renta á mil libras. El cardenal de Luca alaba cierto estatuto de Aviñon que restringe los fideicomisos y mayorazgos al tercer grado, declarando alodiales ó libres de los bienes de su comprension en los grados ulteriores. Nada encuentra Castro admisible en los Mayorazgos que social, moral y politicamente le parecen funestísimos. Hay, por último, fiscales que fulminan contra ellos graves censuras, audiencias que informan desventajosísimamente, leyes dictadas con espíritu de restriccion.

¿Qué nuevo testimonio mas se podria pedir? Con relacion á su época, la mas suave de estas apreciaciones era un cargo mas terrible que el que dirigia á los Mayorazgos la comision encargada de redáctar el dictámen y proyecto de ley, en las siguientes palabras: «Entre las causas de miseria y abatimiento de naciones como la nuestra, á las cuales la naturaleza convida á ser rica y podorosa, la comision entiende que las de peor trascendencia son las máximas absurdas que protejen la vinculacion de bienes raices y autorizan los mayorazgos: institucion que pugna con los progresos de la poblacion y de la agricultura, introduce la pobreza y el desaliento, fomenta las semillas del mal moral, entorpece los movimientos progresivos de la aplicacion y de la industria, divide los miembros de la sociedad, tur-

ba la armonia y concordia de las familias, destruye el derecho de propiedad y se halla en oposicion con todos los principios de sociabilidad y de justicia universal, y con las leyes mas sábias de los gobiernos primitivos, y aun con las antiguas de nuestros reinos» *(D. tomo IV pág. 290)*.

El espíritu desamortizador era mas que una brisa ligera, un huracan impetuoso: desatada la tempestad no bastaba una mano amiga para salvar á los mayorazgos del naufragio. El doctor Marina hallaba inimitable el dictámen de la comision; lo que podémos decir es que la comision anduvo, si no prudente, tímida; la ley resultó mas radical que el proyecto.

Artículo 2.°

Ley de 11 de Octubre de 1820.

Artículo 1.° *Quedan suprimidos todos los Mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza; los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.*

El artículo está segun salió de manos de la Comision, sin mas diferencia que haber espresado la clase de bienes de que podian constar las vinculaciones. Las tres primeras palabras de la ley descubren ya todo su pensamiento: nada se habria hecho con impedir para en adelante los Mayorazgos, se suprimen desde luego los existentes, porque á la necesidad del mal debia corresponder la urgencia del remedio. Esta idea aparece en claro, no obstante un pequeño descuido de redaccion; los Mayorazgos, con cuyas palabras se hizo concertar, *los cuales se restituyen*, no eran los que habian de quedar en clase de libres; los que iban á ser libres eran los bienes de su dotacion, raices, muebles, semovientes, etc. etc. Y los declaró absolutamente libres, como queriendo decir que no consentia carga ni gravámen de los que con uno ú otro nombre podian entorpecer el ejercicio de la propiedad. Seria esto una redundancia, como

advierte el Sr. Pacheco, si no fuera un pleonasmo que afirma y completa el pensamiento del legislador. El mismo espíritu revelan otras dos palabras, *quedan*, y *desde ahora*, un verbo y un adverbio que denotan la misma idea de actualidad. Palpables son los resultados del precepto que ponia en estado de libertad los bienes, desde el momento mismo que los declaraba libres. Hasta aquí no hay motivo de oscuridad, si de algo peca el artículo, es de concreto y recargado.

Pero puede preguntarse: y ¿qué especie de vinculacion habrá que no sea mayorazgo, patronato y fideicomiso? ¿es tambien redundante esa cláusula? No por cierto: este modo de hablar fué usual entre los mayorazguistas, debido á que el género se confundia con la especie, por lo que convenia indicarlos sobre carecer de una palabra técnica que los comprendiese á todos. Precisamente si alguna duda ha ocurrido ha sido por falta de espresion.

Veámos un ejemplo: poco despues de publicada la ley, creyóse hallar un defecto en el artículo por no decir si los fideicomisos de que habla son los temporales ó los perpétuos. No carecia de fundamento la dificultad, aunque pudiera haberse evitado fijándose mas en los principios. Hemos dicho que algunos disienten de Molina, y le critican por llamar al Mayorazgo vinculacion perpétua, porque puede haber Mayorazgos con llamamientos limitados, y de consiguiente temporales; mas, supongamos que esto sea así: ¿estarán tales Mayorazgos esceptuados de la ley? Imposible. ¿Y los fideicomisos? Sobre estos lo único que podemos decir es que se conocieron en Roma y no hubo Mayorazgos; que la sustitucion por dos ó mas generaciones se concibe como condicion de la herencia sin constituir vínculo; que la analogía solamente pudo inducir á los tratadistas á tomar los fideicomisos por mayorazgos y los mayorazgos por fideicomisos. Pues bien: ¿los fideicomisos no perpétuos están comprendidos en la ley? El Sr. Romero Alpuente hizo ya esta observacion cuando se dió lectura del proyecto; decia este Diputado: «Segun el artículo quedan suprimidos los mayorazgos y fideicomisos,

mas no espresa qué género de fideicomisos quedan suprimidos, pues los hay temporales y perpétuos. En casos semejantes se entienden generalmente los perpétuos, pero como la voz fideicomisos admite todas las especies, resulta que no haciéndose distincion, debe creerse que están comprendidos todos. Hay además fideicomisos que el poseedor disfruta durante toda su vida; hay otros que no solo llegan al cuarto grado, como entre los romanos, sino al décimo y á otros mas distantes. Y pues en materia de vinculaciones todo es perpétuo, y en la perpetuidad están todos sus males, me parece que convendría para evitar dudas añadir la palabra *perpétuos.*» El Sr. Vadillo, como de la Comision le contestó: «que el tenor del artículo está manifestando que los fideicomisos de que habla son solo los perpétuos, pues dice quedan suprimidos todos los Mayorazgos, etc., en cuyas voces no parece que pueda haber duda de que los fideicomisos temporales que las leyes conocen como medios de restituir ó trasferir simplemente de unas personas á otras de las generaciones existentes ó sus inmediatos, ciertas herencias, no son el objeto del mismo, porque tales fideicomisos no envuelven especie alguna de vinculacion» *(Diario, tomo V,* 315*)*. La Comision sin embargo, admitia la adicion de la palabra *perpétuos* ó *de varias generaciones*, si se creia oportuno, pero sin duda no se creyó, pues el artículo no sufrió reforma. La inteligencia que se le ha dado ha sido uniforme en los comentadores y en la práctica.

Los debates que produjo este artículo no son para recordados en esta obra. Opinaban algunos que no podia perpetuarse la nobleza, á menos que no se permitiera á los padres disponer de gran parte de sus bienes á favor de un hijo (*tom. V, folio* 336). Creian otros que concediendo la Constitucion á la grandeza el privilegio de tener cuatro individuos en el Consejo de Estado, debia estar esceptuada de la generalidad; pues reconocida la grandeza debian concedérseles los medios de conservar su rango (*id.*, 345). A otro aun sin negar los males de las vinculaciones le parecia de conveniencia pública la conservacion de los relativos á la alta, media y regular nobleza en un

gobierno monárquico (id., 356). El señor Hinojosa, autor de un voto particular y otros, opinaban por la reforma paulatina; pero la mayoría estuvo tan compacta que si no recordamos mal, puesto á votacion el artículo, se aprobó por una mayoría de 128 contra 24.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 30 de Junio de 1855, en un pleito sobre aplicacion de ciertas memorias fundadas por D. Juan de Vargas Mejía, se declaró: 1.°, que en la ley de 11 de Octubre de 1820 se reconoce la existencia de fundaciones que no constituyen vínculo ni mayorazgo, ni fideicomiso familiar perpétuo, sino un conjunto de bienes amortizados para llenar con sus rentas su peculiar objeto; 2.°, que si una fundacion es calificada en el primer concepto, debe disponerse la distribucion de sus bienes segun las reglas en la misma ley establecidas; y 3.°, que si solo constituye el espresado conjunto de bienes amortizados, debe declararse subsistente la fundacion despues de dicha ley, y á pesar de ella.

En otro pleito se fijó el carácter de cierta fundacion hecha por el presbítero D. Diego Pelaez de Mérida, con objeto de constituir pensiones para casamiento de doncellas; y prévios los oportunos considerandos, que reproducen exactamente el espíritu de la ley, por sentencia de 10 de Marzo de 1858 se declaró: 1.°, que la ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir toda clase de vinculaciones, se contrajo á las que se habian establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores ó de las familias que ellos mismos designaron; 2.°, que la omision de la ley de no establecer disposicion alguna relativa á las fundaciones meramente benéficas ó piadosas, revela que no se comprendieron en ella otras fundaciones que las verdaderamente familiares; y 3.°, que la eventualidad de haber parientes pobres del fundador no altera la naturaleza y esencia de una fundacion meramente benéfica, como la de dotar doncellas pobres de una villa. En el penúltimo considerando, fundamento de este número, se apreció debidamente que no influia para el caso la circunstancia de que en el supuesto de haber parientes pobres fuesen ellos los preferidos.

Lo principal es, para la recta aplicacion del artículo, no tomar por vinculares bienes que no lo son, sobre lo cual hay además decisiones de este respetable Tribunal, remitiéndose á las leyes Recopiladas y confirmando su doctrina.

Art. 2.° *Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior podrán desde luego disponer libremente de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el Mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al inmediato sucesor, no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.*

Varía tanto el artículo de su original, que faltan términos hábiles para compararlos. El proyecto debia sufrir grandes impugnaciones porque dejaba al poseedor en libertad de disponer libremente de los bienes raices, cuando los sucesores fuesen hijos y descendientes, y si fuesen parientes de otra línea le permitia solo disponer de la mitad. Ninguna solucion, por desacertada que parezca, debe sorprendernos. Pocos actos son mas difíciles que el modo de respetar las justas espectativas, si se han de disminuir los efectos, siempre sensibles, de la retroaccion. El legislador hubiera podido declarar á los poseedores dueños absolutos de los Mayorazgos que suprimia: quitado este gravámen, levantada esa condicion, hubiera podido considerar á los mayorazguistas dueños, sobre que en rigor no se les atribuia carácter que no tuviesen poseyendo los Mayorazgos; ¿pero habria sido eso justo? La oportunidad vale mucho, pero no es razon tan atendible que por un solo minuto se haya de enriquecer completamente á uno y empobrecer completamente á otro. El sucesor, que por ley de la fundacion tenia un pié casi puesto en el mayorazgo, algo merecia: así lo reconoció el legislador al partir entre los dos el Mayorazgo; el uno porque poseia, el otro porque debia poseer; el uno porque tenia el derecho, el otro porque tenia la esperanza; el uno porque habia entrado en la posesion de los

bienes plenamente convencido de que los habia de restituir, el otro por estar persuadido de su derecho y esperar solo el momento de la restitucion.

La espectativa ha sido atendida y justamente satisfecha. Nada adelantariamos con examinar si el derecho reconocido al inmediato podia haberse reconocido á los siguientes; es decir, si habria sido mejor procurar el medio de indemnizar á todos los habientes-derecho, no hablando de inmediacion ó no inmediacion. El método adoptado es el mas sencillo, y se puede añadir que es el mas seguro. No ocurrió á ningun Diputado impugnarle. Sus impugnaciones tuvieron otro objeto, como vamos á indicar. Se dijo que el artículo se hallaba en oposicion con el anterior, pues si los bienes de los mayorazgos suprimidos se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres, ¿cómo se podia entender que hubiese de quedar la mitad para los sucesores sin poder disponer de ella el actual poseedor? La contestacion era obvia: los bienes podian ser libres, y sin embargo reservarse la mitad al inmediato. Por ventura, ¿es nueva en el Derecho la doctrina de reservas? Adviértase que, como el artículo habla de los poseedores actuales sin otro calificativo, algunos han creido que todo poseedor, aunque no fuese legítimo, quedaba desde luego autorizado para disponer libremente de la mitad. Semejante interpretacion es insostenible: alégase la urgencia de poner cuanto antes en circulacion los bienes amayorazgados, y el carácter de la ley, que todo lo sacrifica ante ese único objeto; pero puede una ley ser revolucionaria sin ser injusta Por urgente que fuese la desvinculacion, ¿querria la ley que el simple detentador, que un ladron, se aprovechase de ella?

Los preceptos del artículo son dos: los poseedores legítimos pueden desde luego disponer de la mitad de los bienes; pero nunca responde á las deudas que él haya contraido la mitad reservada al sucesor. Respecto de esa mitad, el poseedor actual no es mas que un simple usufructuario, como tal tenido á observar las leyes generales. No porque la regla fuese sabida,

convenia menos recordarla. Para que el derecho de los sucesores no fuese ilusorio menester era ofrecerles garantías.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 23 de Mayo de 1855 está declarado: Que la mitad de los bienes vinculados concedida por la ley de 11 de Octubre de 1820 á los actuales poseedores, pertenece á los poseedores de derecho, á los que debian poseer conforme á los leyes de la fundacion: del mismo modo que la mitad reservada para los inmediatos sucesores corresponde á los que debian suceder en el vínculo si subsistiese.

Asimismo se declaró por sentencia de 26 de Febrero de 1857, que cuando consta por escrituras solemnes que los bienes son de Mayorazgo, ó que siempre se han considerado tales, debe reservarse la mitad al inmediato sucesor: que esta mitad que debe reservarse al inmediato sucesor no puede ser objeto de division entre los herederos del primer poseedor.

Con ocasion de otro negocio en el que un juzgado de Marina pretendió tener competencia para conocer sobre bienes que habian sido vinculados, otra sentencia de 29 de Octubre de 1857 declara: Que los bienes que fueron de Mayorazgo conservan el carácter de vinculados para los efectos de la division hasta el momento de entregarse al heredero del poseedor y al inmediato sucesor la mitad que respectivamente le corresponda.—Hemos citado el objeto del pleito para que se forme idea exacta de esta sentencia que solo para los efectos de la division reconoce carácter vincular á la mitad reservable.

Por otra de 14 de Marzo de 1861 se declaró: Que aunque por la ley de 11 de Octubre de 1820 quedaron estinguidos todos los vínculos, el artículo 2.° reservó la mitad de los bienes el al que debia, segun la fundacion, suceder inmediatamente en Mayorazgo, si subsistiese.

Otra de 6 de Abril de 1861 consigna casi en iguales términos el mismo principio: que la ley de 11 de Octubre de 1820 al suprimir las vinculaciones, respetó los derechos adquiridos por los poseedores actuales que lo eran de derecho, ó debian serlo con arreglo á la fundacion lo mismo que si aquellas subsistiesen.

Lo propio hallamos dispuesto en otra de 12 de Abril de 1862 que declara: Que si bien los poseedores de las vinculaciones suprimidas por la ley de 11 de Octubre de 1820 pueden disponer libremente de la mitad de los bienes en que aquellas hubiesen consistido, están sin embargo obligados á reservar para despues de su muerte la otra mitad integra del inmediato sucesor.

Art. 3.° *Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enagenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigorosa igualdad y con intervencion del sucesor inmediato, y si este fuese desconocido ó se hallase bajo la pátria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos expresados será nulo el contrato de enagenacion que se celébre.*

Encareciendo la necesidad de este artículo, cuya falta se notaba en el proyecto, decia un señor Diputado, «de nada servirá mandar que el actual poseedor de una vinculacion no pueda disponer mas que de la mitad de los bienes, si al interesado en que la ley se cumpla no se le proporcionan medios para conseguirlo; así porque el actual poseedor puede muy bien haber vendido ó disipado todo ó casi todo el capital del Mayorazgo antes que este lo sepa, dejándole un cúmulo de pleitos para liquidar y recobrar su mitad, como porque aun cuando no se esceda en las enajenaciones, la diferencia en la calidad y circunstancias de las fincas que enajene, y las que reserve para el inmediato sucesor, puede ser tal que el valor de estas en vez de ser la mitad del total de la vinculacion, ni aun llegue á una tercera parte. Por tanto, creo que para que la justa restriccion que tratamos de hacer en beneficio del inmediato sucesor no sea insignificante, debe este intervenir en la division y tasacion de los bienes del vínculo bajo la pena de nulidad de las enajenaciones que haga el actual poseedor» (*Diar., tomo IV, pág 47*).

En esta indicacion tuvo origen el artículo. La enajenacion de todo ó parte de la mitad correspondiente al poseedor, se ha de hacer prévia formal tasacion y division en que intervenga el inmediato representante, y el procurador síndico del pueblo, si es desconocido ó está bajo la pátria potestad: es nula si se hace de otro modo. Se trata de bienes en los que puede estar comprometido el sucesor, nada mas justo que darle esa intervencion; pero la particion de un Mayorazgo puede ser sencilla si este es pequeño: puede complicarse cuando es grande ó cuando son muchos los que se han de dividir: entonces ¿cómo se practica esa diligencia? La ley quiere que la tasacion y division sea *formal*, y ella por su parte no da otra idea de solemnidad sino la que en dos casos que indica, haya de concurrir el síndico. Pues bien, en los demás que ni aun esto se exije, ¿bastará el acomodamiento entre los interesados ó se necesitará que esta diligencia sea judicial? Desde luego, esto es lo seguro, pero tambien lo mas costoso, y no es indiferente evitar dilaciones y gastos, tratándose de crecidos bienes: optamos pues, por la division confidencial, amistosa cuando el sucesor es conocido: si por muerte de este debiera otro ocupar su lugar, está reducido á que apruebe lo hecho por su antecesor ó que reclame contra los agravios si acaso se le ha inferido alguno. Hablamos en términos ordinarios, pues cuando por obligaciones pendientes y por apuros del poseedor de un Mayorazgo ó de muchos estados, conviniera activar la division, seria prudente emplear todas las formalidades para no defraudar á los acreedores sin menoscabo del derecho del inmediato que nada tiene que ver con las deudas de su antecesor.

Tambien sobre la formacion de las dos mitades podrian ocurrir cuestiones, pero cuestiones que pueden decidirse como se hace siempre que se trata de una division: si preside la legalidad y no es de esperar que falte en un acto en que los respectivos intereses han de estar representados, los lotes se formarán combinando bueno con malo, para que nadie sufra perjuicio.

Jurisprúdencia.—Una sentencia de 20 de Junio de 1859 declara: Que la venta ó permuta de bienes vinculados corres-

pondientes á la mitad reservable, no tiene solidez alguna hasta que se ratifica por el que goza el concepto de inmediato sucesor del poseedor actual.

Está declarado por otra de 16 de Octubre de 1860: Que el art. 3.° de la ley de 11 de Octubre de 1820 y el 1.° de la de 28 de Junio de 1821, al exigir para la enajenacion del todo ó parte de la mitad de una vinculacion, la intervencion ó el consentimiento del sucesor inmediato se refieren al caso en que la enajenacion se verifique por voluntad del actual poseedor: 2.°, que si dicha enajenacion se verifica no por voluntad del poseedor actual, sino judicialmente y en subasta pública á instancia de un acreedor y sin oposicion del inmediato sucesor, será válida aunque no haya mediado el consentimiento espreso de este, con tal que el valor de lo enajenado no esceda de la mitad íntegra de la vinculacion.

Lo está asimismo por otra de 19 de Noviembre de 1860: 1.° Que así la ley de 27 de Setiembre de 1820, que autorizó la enajenacion de la mitad de los bienes vinculados, prévia su tasacion y division, como la de 28 de Junio de 1821, que otorgó la misma facultad, aunque no precedieran la tasacion y division, con tal que la enajenacion no escediese de la mitad, tuvieron por objeto preservar los derechos de los inmediatos sucesores, al exigir la intervencion de los procuradores síndicos, cuando aquellos fuesen desconocidos. 2.° Que el espresado deber de los procuradores síndicos solo se llena procurando averiguar si son efectivamente desconocidos los inmediatos sucesores, y si lo que se trataba de enajenar equivalia á la mitad ó menos de que podian disponer los poseedores. Y 3.°, que cuando el procurador síndico no practica aquellas averiguaciones, y sin embargo, se autoriza y efectúa la enajenacion, se falta á las leyes citadas y se verifica un contrato nulo de derecho.

Art. 4.° *En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales percepto-*

res de las rentas, á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos, y cada uno en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo, con entero arreglo á lo prescrito en el art. 3.°

A instancia de un señor diputado (Sr. Traver), se adicionó este artículo, que se contrae á una forma especial de vinculacion, cual es el fideicomiso, señalando el órden que deberia seguirse en la distribucion de sus bienes: parecia en verdad, el medio mas equitativo, adjudicar los bienes proporcionalmente entre los llamados á percibir la renta con libertad absoluta para disponer de la mitad, y obligacion espresa de reservar la otra mitad á favor del sucesor inmediato.

Jurisprudencia.—En sentencia de 20 de Diciembre de 1850, se resuelve que los llamados espresamente en la fundacion, deben suceder con preferencia á aquellos de que no se hace mencion; y que estinguidos los patronatos familiares, deben distribuirse los bienes que los constituyeron con arreglo al artículo 4.° de la ley de 27 de Setiembre de 1820, entre los actuales perceptores de las rentas.

Art. 5.° *En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de sola la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido; haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el art. 3.°*

Dió origen á este artículo la siguiente enmienda del Señor Gasco, que efectivamente venia á suplir un vacío del proyecto: «que en los Mayorazgos electivos se declaren absolutamente libres los bienes, y por consiguiente fuera de la disposicion acordada en el art. 2.°, escepto aquellos en que se haya hecho la eleccion.» El artículo perfecciona esta idea descomponiéndola en varias hipótesis, y acomodando á cada una su resolu-

cion. La sucesion de los Mayorazgos electivos era entre todas la mas caprichosa; los principios por los que se regia no cambiaban su naturaleza, que era la eleccion; de modo que mientras en unos estaba limitada á determinadas familias, habia otros de libre nombramiento, cuyos poseedores en el cumplimiento de una carga usaban de propia libertad: Mayorazgos de libre eleccion. No obstante la especialidad del caso, el legislador debió buscar el modo de aproximarla al principio comun, y lo consiguió mediante la distincion hecha en el artículo; los poseedores de Mayorazgos electivos, cuando la eleccion es completamente libre, son dueños de todos los bienes: ni podia ser otra cosa. ¿Para quién se reservaba la mitad? ¿tenia alguno derecho á ella? Pero figurémonos que la eleccion debiese recaer entre personas de una familia determinada: el poseedor se aprovecha de los beneficios de la ley de desvinculacion disponiendo de la mitad; pero puede y debe cumplir con la fundacion, que le impone la necesidad de elegir uno que le suceda; pues bien, ese á quien elija es el sucesor de la otra mitad. El artículo desatendió una nueva especie. Hecha y conocida la eleccion de la persona, aunque la eleccion hubiese sido libre, ¿debia ó no respetarse? Para nosotros esa seria cuestion de fechas; la respuesta debe ser afirmativa cuando la eleccion hubiese precedido á la ley; y negativa cuando fuese posterior á ella.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 7 de Mayo de 1850 está declarado: Que suprimidos por la ley de 1820 los patronatos y toda clase de vinculaciones, no deben los patronos, despues de desaparecer el vínculo, distribuir la renta con arreglo á la fundacion; y que deben en todo caso cumplirse las leyes sobre desvinculacion, no obstante, cualesquiera dudas y dificultades que se resolverán segun los principios generales del derecho á falta de disposiciones positivas.

En otra de 22 de Abril de 1861, se ordena que la accion reivindicatoria basada en el derecho á la mitad reservable de los bienes de un patronato, no puede prevalecer en juicio, si no se justifica el derecho de inmediacion; y que no puede

considerarse infringida la ley 45 de Toro, cuando no se justifica el derecho de inmediacion por el que le alega.

ART. 6.° *Asi en el caso de los dos precedentes articulos, como en el del segundo, se declara que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres, entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres, pueden disponer los poseedores actuales y que existan bajo su dominio cuando fallezcan.*

La comision no habia formulado este artículo, ó por no haberle previsto ó por creerle, y era verdad, resuelto en el derecho comun; pero el Sr. Loizaga presentó, durante el debate, la siguiente proposicion: «Siendo estensiva la sociedad conyugal en Vizcaya, á la propiedad de todas las fincas y muebles aportados al matrimonio, por cualquiera de los cónyuges, cuando se disuelve el comercio con sucesion en los términos, modo y forma designados en su fuero particular, pido que la comision se haga cargo de las disposiciones legales vizcainas, y proponga lo que estime conveniente respecto de las fincas vinculadas que se declaran libres por el art. 1.° aprobado por las Córtes.» El artículo era innecesario; podia parecer hasta impropio de la ley; pero bastaba que un señor Diputado manifestase esta duda, para que se tratara de evitar en la práctica: con declararlo, nada se perdia: de no declararlo, podian resultar pleitos, como ha sucedido en otros casos.

ART. 7.° *Las cargas asi temporales como perpétuas á que estén obligados en general, todos los bienes de la vinculacion sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados de comun acuerdo no prefiriesen otro medio.*

Esta disposicion faltaba en el proyecto; pues el art. 5.° con el que tiene mas natural enlace, hablaba de alimentos y pensiones alimenticias que en la ley vigente tienen un articulo

especial. La discusion sostenida con este motivo, sirve de poco para ilustrar la materia. Aquel artículo declaraba que aunque los bienes pasaran como libres á otros dueños, quedaban sujetos á las pensiones debidas á algunas personas con arreglo á las fundaciones ó á convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Esto nos da idea de la especie de gravámenes que la ley declara subsistentes. No habla de los que gravasen las fincas de una manera especial; estos sacaban la fuerza de los contratos que les habian dado causa, y la ley no podia afectarles: habla de las cargas impuestas sobre el Mayorazgo en general, fuesen temporales como la pension asignada á una persona; fuesen perpétuas como la que por motivos de piedad ú otro, se hubiese impuesto á favor de un establecimiento de beneficencia.

Pues bien: tales cargas, segun el artículo, deben asignarse con igualdad proporcionada sobre las fincas repartidas y divididas. Este punto fué motivo de contestaciones; pero la discusion solo debia servir para probar la justicia con que habia sido decidido. El poseedor del vínculo satisfaciéndolas, no hacia ni mas ni menos que lo que habria hecho subsistiendo los Mayorazgos. El prorateo de las cargas era una diminucion de la fortuna que respectivamente les correspondia: y aun para eso, la ley se obligaba á respetar los acuerdos particulares.

Art. 8.° *Lo dispuesto en los arts. 2.°, 3.°; 4.° y 5.°, no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales pendan en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos, en tales casos, ni los que les sucedan, no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia, ó que se dieren en adelante. Pero se declara para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta*

no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentençia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion, será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el art. 2.°

Pocas son las leyes que no presenten un lado vulnerable. El punto flaco de la de señoríos fué el art. 6.°; el 8.° lo ha sido de la de vinculaciones. Habiase establecido por principio que el poseedor de los bienes desvinculados pudiera disponer de la mitad como libres: faltaba completar el pensamiento diciendo que no podian aprovechar del beneficio los que tuviesen disputado aquel carácter. Estos ni los que les sucedieran no debian disponer de esos bienes mientras en última instancia no se determinaran en propiedad los juicios pendientes. De este dictámen fueron cuantos oradores tomaron parte en la discusion del artículo. «Debemos convenir, decia el Sr. Dolarea, en que los bienes sobre que se sufre pleito de cualquiera naturaleza que sea, no pueden venderse, porque ni puede esponerse á los compradores á que mañana ú otro dia pierdan lo que han desembolsado, ni habria quien comprase á la espectativa de ser mañana despojado de lo que compró.» Solo pedia que se adoptasen los medios necesarios para hacer terminables los pleitos de Mayorazgo que se hacen eternos, de los cuales dijo, hay alguno que dura un siglo, ó que tal vez se trasmite de generacion en generacion, sin terminarse. *(Diar., tom. VI, página* 17). Esta no era una dificultad; pues á semejante inconveniente, aunque por lo general inevitable, obviaba la ley añadiendo, «los cuales deben arreglarse á las leyes hasta este dia, ó que se dieren en adelante.» El Sr. Romero Alpuente hirió mas de frente la dificultad: primero llamando la atencion sobre la diversidad de juicios que producian los Mayorazgos, administracion, tenuta, posesion, propiedad; segundo y principalmente, fijándose en una idea omitida ó no bien desenvuelta en el proyecto. Decia este señor Diputado: «Tampoco habrá estado en el ánimo de la Comision, que el que pierda

el juicio de tenuta, quede por el mismo hecho con las manos ligadas para no emprender el juicio de posesion y propiedad. Podria muy bien, á fin de evitar dilaciones, señalarse por ejemplo, el término de un mes para entablarse en la audiencia el juicio de posesion, y decidido este, otro mes para entablar el de propiedad, y no acudiendo en estos términos, se entenderá el juicio fenecido.» Procedia en un error, haciendo diferentes los juicios de tenuta y de posesion; pero aparte esta equivocacion que ya rectificó el Sr. San Miguel, la idea no pareció mala, y se acordó pasara á la Comision una adicion ó enmienda concebida en estos términos: «El que perdiere la tenuta tendrá cuatro meses de término para intentar el juicio plenario de posesion ó de propiedad, y pasado sin haberlo hecho, podrá el poseedor disponer de los bienes, y lo mismo sucederá si corrido un mes, no intentase el juicio de propiedad el que perdiese el de posesion.»

Hé aqui el orígen del párrafo: se declara para evitar dilaciones, etc., con que acaba la disposicion. En cuanto á esta parte, solo podemos decir que es dudoso que haya evitado dilaciones; que es evidente que ha producido muchos pleitos. Los resultados no corresponden siempre á los deseos; eso ha acontecido en este artículo, si bien para ser ingénuos y dar á cada cual lo que le corresponde, debemos confesar que la culpa no fué del legislador. La declaracion de un caso especial se hizo general para todos: el término de la ley que era fatalismo, que para no ser injusto, debia limitarse á los Mayorazgos sobre los que hubiese pleito pendiente de tenuta ó posesion, se estendió á todos los Mayorazgos, aun á aquellos sobre los cuales no se hubiese intentado reclamacion de ninguna especie. Sin esa interpretacion sostenida por el voto de algun jurisconsulto ilustre, se habrian evitado muchas cuestiones.

No creemos necesario decir mas para dar por presentada, para tener por resuelta la cuestion sobre la subsistencia ó no de las acciones vinculares. Nuestra esposicion seria lánguida al lado de los principios generales de derecho que antes de

nacer tenian decidida esta duda: no puede ser materia ya de controversia lo que está declarado por la sábia é incontrastable jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con repetir estas decisiones y esplicarlas conseguimos dos cosas á la vez, economizar tiempo y escribir el mejor comentario.

Jurisprudencia.—Por el conde de Villariezo ó sea en esta representacion, se siguió pleito con el conde de Illas como marido de la marquesa de Paredes, sobre la propiedad del Mayorazgo de Coscojales, que el primero solicitaba por incompatibilidad con el de Recalde y Castejon que el segundo poseia; el conde de Illas, marqués viudo de Paredes, interpuso recurso de la sentencia de revista pronunciada por la Audiencia de Cáceres en 5 de Junio de 1846, por la cual se declaró la incompatibilidad. El Tribunal Supremo desestimó este recurso: los fundamentos de su sentencia (fecha 14 de Diciembre de 1848), esencialísimos en la cuestion presente, dicen así: «Considerando que aunque se determinó por el art. 2.° de la ley de 11 de Octubre de 1820, que los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, pudiesen desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellos consistiesen, no se privó por eso de su derecho á los terceros que lo tuvieran preferente al de los poseedores actuales.»

Estableciendo este supuesto, y no cabria otro si la ley se habia de entender rectamente, no era ya una pretension, era una verdad inconcusa que no se priva de su derecho á los terceros que le tuviesen preferente con arreglo á la fundacion. Hállase el mismo principio espresado con repeticion.

«Considerando que la ejecutoria espedida por el Supremo Tribunal de Justicia en 20 de Setiembre de 1821, en el pleito de tenuta de los Mayorazgos de Coscojales y Castejon, mandó que en cuanto á la propiedad, usasen las partes de su derecho donde correspondiese con arreglo á la constitucion y á las leyes.» Eso era conforme con los trámites seguidos en estos juicios, quedando mientras tanto en suspenso la facultad del poseedor á disponer de la mitad.

«Considerando que el pleito de propiedad se entabló tomada esta palabra en su verdadera y genuina acepcion, dentro del término de los cuatro meses prescritos en el art. 8.° de la citada ley de 11 de Octubre de 1820. Esto indica que ni aun se faltó á la condicion prevenida por la ley; pero aunque así no hubiera sido, quedaba todavía un recurso que utilizar, como se dice á continuacion.

«Considerando que aun en la hipótesis de que no hubiese sido entablado en dicho término, pudo serlo despues porque el mencionado art. 8.° no declaró que trascurridos los cuatro meses, quedase estinguida la accion real ó reivindicatoria correspondiente á un tercero por derecho de sucesion respecto á los bienes que formaban los vínculos.»

En conformidad con esta sentencia, se dictó la de 14 de Marzo de 1862, declarando: Que la inexistencia de las acciones vinculares no autoriza que las demas acciones legales que las han sustituido, se intenten prescindiendo de los principios de derecho en que tienen su orígen y que arreglan su ejercicio: que la accion reivindicatoria que nace del dominio, solo puede ejercitarse por quien lo tenga y lo acredite legalmente: que adjudicados á una persona unos bienes vinculares, el que litigó con ella sobre la adjudicacion, no puede despues sostener que le pertenece el dominio de tales bienes, sin declarar y probar antes que la adjudicacion ha sido injusta y procedente.

En estas sentencias, como en la de 9 de Mayo de 1862, que resuelve que no puede obtenerse la declaracion sobre mejor derecho á un Mayorazgo por el medio indirecto de solicitar la reivindicacion de algunas y determinadas fincas, no se dice que subsistan las acciones vinculares; ni el nombre podia quedar de tales acciones, una vez suprimidos los Mayorazgos. De hecho quedaban sustituidas por otras. ¿Mas pudo desear el legislador, pudo mandar el artículo que todas espirasen á los cuatro meses? No lo creemos. Reconocemos el deseo de llevar á cabo la desamortizacion, la necesidad de autorizar á los poseedores para que la emprendiesen. Pero estos podian hallarse en tres distintas situaciones: conclusos los pleitos sobre po-

sesion, pendientes tales pleitos, y sin haberse comenzado. Los primeros eran poseedores verdaderos, legítimos, ninguno podia serlo mas para disfrutar del beneficio de la ley y disponer de los bienes. Sin embargo, por vehemente que fuese la presuncion en pro del poseedor que hubiese obtenido sentencia favorable, estaba amenazado del pleito de propiedad: ¿era justo detenerle con esta amenaza? ¿Al cabo de cuánto tiempo debía serle permitido usar de los bienes sin riesgo de ninguna reclamacion y cierto de que el comprador no iba á ser perturbado de su derecho? La ley no lo dice; ó no previó este caso ó le consideró de igual índole que el que espresamente resolvia. Por nuestra parte, considerando que no era conveniente ni justo contemporizar con la indolencia ó prestar armas á la mala fé, causas probables de que el interesado en una vinculacion dejase trascurrir los cuatro meses fatalmente señalados para intentar la reclamacion oportuna: considerando que el uso regular de la accion reivindicatoria retardaria en el mayor número de los casos el cumplimiento de la ley en términos de anular indirectamente sus efectos: somos de opinion que no procedia ampliar el término mas allá de los cuatro meses señalados por la ley, contados desde el dia de su publicacion.

El segundo caso nos ofrece menos dudas; porque la ley está esplicada por sus motivos; tuvo origen en la atinada prevision de algunos señores Diputados, y guarda perfecta analogía con los males é inconvenientes que se proponia remediar. ¿Podia darse al poseedor mayor castigo que tenerle pendiente nada menos que por el espacio de treinta años, del capricho de un litigante de mala fé? ¿Qué mayor triunfo podia prometerse un litigante vencido, que tener esclavo de su venganza á un competidor? Ese fraude era muy de temer, y solo dejó de ser posible, porque á fin de *evitar dilaciones maliciosas*, el artículo declara: si el que perdiese el pleito de posesion, no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar.

El tercer caso no puede ser motivo de disputa: los que por

ignorancia de su derecho, por enfermedad, por ausencia, por cualquier accidente, no hubiesen litigado antes ó despues de los cuatro meses de publicada la ley, ¿habian de encontrarse luego privados de toda accion? De ninguna manera. Tienen y pueden usar la que corresponde á cualquiera que se cree asistido de mejor derecho sobre los bienes que otro le detenta. Afirmar lo contrario, es segun hemos tenido ocasion de decir, hacer la causa de un detentador, de un poseedor de mala fé. Las acciones vinculares han desaparecido para hacer plaza á las reivindicatorias; pues los antiguos Mayorazgos, de donde provenian las unas, son hoy bienes completamente libres, que dan lugar á las otras. De esta base no prescindiríamos nunca, y si en dos casos nos ha parecido posible abandonarla, es apreciando lo que la ley haya podido tener de revolucionaria: es considerando la escepcion de los cuatro meses, como un sacrificio exigido al principio de rigurosa justicia, en aras del deseo de poner cuanto antes en práctica la desvinculacion.

Art. 9.° *Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deban instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora, hayan pasado como libres á otros dueños.*

De la naturaleza de estos juicios; de las causas que los producian; del empeño que ha habido en promoverlos, no debemos ocuparnos; solo vamos á indicar el resultado probable de esta declaracion.

Decia un señor Diputado, que el artículo tendia un lazo á los compradores, y le tendia sin necesidad; pues si se habia concedido á los poseedores la facultad de enajenar los bienes, ¿por qué no concedérsela tan ámplia, que no pudieran ser incomodados en juicio, ni quitarles la libre disposicion de lo que voluntariamente se les concedia? A esto se contestó que mal podia haber ese lazo, cuando de antemano se advertia el peligro de tales ventas. Sin embargo, así no se aleja la desconfianza; y con razon se podia decir que un artículo que anulaba los efectos mas inmediatos de la vinculacion, era contrario á la ley. ¿Por qué el fisco habia de ser tan privilegiado, que se reservase hasta el

ejercicio eventual de ciertas reclamaciones? ¿No le bastaba con el resultado de tantos espedientes de incorporacion y reversion? Por lo demas, si solo se considera que la nacion nunca debe sufrir perjuicios, y que tenia necesidad de recobrarse de los muchos que le habian causado inmoderadas donaciones, se comprenderá bien que en una época en que las reformas mas urgentes estaban en suspenso, y otras aun no se habian verificado, los representantes de la nacion tratasen de poner á salvo los derechos de la misma.

Art. 10.° *Entiéndase del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó á convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones, mientras vivan los que en el dia los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora, de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos y pensiones la sexta parte liquida de las rentas del Mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos, por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan.*

El art. 5.° del proyecto que este reproduce, era mas sencillo. El 10, despues de las enmiendas, es, como dice el señor Pacheco, uno de los peor redactados de la ley.

En primer lugar, se nos figura que habiendo de conservar este artículo, era menos necésario redactar el 7.° No era completamente inútil decir el destino de ciertas cargas, palabra genérica, usada en el mismo; pero no debemos disimular que encontrábamos embarazo para esplicarle; pues al fin y al

cabo, como decia oportunamente un señor Diputado, los alimentos que mas positivamente gravan á la totalidad del Mayorazgo, no pasan de ser una carga. En este concepto, trata de ellos la ley para decir cómo se han de satisfacer para declarar subsistente esta obligacion. Nos ceñiremos al artículo todo cuanto permita su redaccion, que es poco feliz. La primera parte es la mas clara. Los mayorazguistas debian alimentos de inmediacion, y tenian á veces que pagar pensiones propiamente alimenticias á madres viudas, hermanos, etc. Nada podiá ser mas contrario al pensamiento del legislador, que desconocer estas obligaciones, y que el daño de estos infelices se tornase en beneficio del poseedor del Mayorazgo: si cuando no era casi mas que un usufructuario, las tenia que cumplir; ¿cuánto más justo que las cumpliese cuando de simple usufructuario pasaba á ser dueño? Durante la vida del poseedor, sus deberes no habian sufrido alteracion alguna, la Jurisprudencia, interpretando la ley, tiene sancionado que los frutos deben continuar con su aplicacion ordinaria.

Pero veamos el segundo párrafo: ¿Cuál puede ser la causa de tanta oscuridad? En él se dice: «los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones, mientras vivan los que en el dia los perciban, etc.» ¿Pues qué esa obligacion pesaba sobre determinados bienes? El legislador supone que un mayorazguista vende una ó mas fincas de su mitad libre, y dice que esas fincas quedan sujetas al pago de alimentos; ¿y qué se ha de hacer para que sea efectiva esa obligacion? A fin de precaver cualquiera dificultad que naciese de él, creia un señor Diputado que debian distinguirse las cargas particulares que cada finca tenga sobre sí, de las que graviten sobre la totalidad de los Mayorazgos. Las primeras pasan con las fincas vendidas, en cuyo caso como quiera que su importe es menos capital desembolsable por el comprador, no puede desconocer el gravámen ni su responsabilidad. Acerca de los que gravitan sobre el Mayorazgo, añadia, es otra cosa, porque entonces el poseedor deberá libertar la finca que

vende de la parte de responsabilidad que tiene y cargarla sobre otra. Pero este caso particular debe estar reservado á un convenio entre partes, y cuando mas, dar facultades al inmediato sucesor para que no permita estas subrogaciones de cargas, siempre que puedan perjudicar á la mitad que permanece invendible *(Diar., tom. VI, pág.* 26). Es lástima que antes de refundir el artículo no se pensaran las dificultades previstas, pero no resueltas en el dictámen anterior. ¿Pues qué tan fácil es el acuerdo, tratándose de una carga que limita mas ó menos el derecho de enajenacion? ¿Pues qué tan fácilmente se eluden cuestiones que pueden interesar á cuatro personas? el alimentista, el poseedor, el comprador y el sucesor inmediato. Encontramos, sin embargo, una escusa á favor de la ley: por su parte debia contraerse á declarar la subsistencia del gravámen: quizás no haya razon fundada para culparle de las complicaciones y del embrollo que puede producir el abuso de una facultad: el poseedor del Mayorazgo debe saber que no es suya mas que la mitad; si dispone de ella ha de ser de modo que no haga ilusorios los derechos del comprador, ni se prive á si mismo de los medios de satisfacer cargas indeclinables: dos medios tiene para eso: ó gravar las fincas que reserve, ó fijar en una cantidad lo que le corresponde satisfacer á la finca vendida, y dejarla gravada con una hipoteca en seguridad y como garantía del pago. De estos dos medios, el primero es preferible, porque la accion del alimentista es siempre directa contra el poseedor del vínculo: no se le podrá obligar á que repita contra el tercer comprador de la finca, pues la carga pesa como general sobre el Mayorazgo, y ni le afectan ni pueden perjudicarle convenios en que no ha intervenido ni le conciernen. Solo cuando, ó ha de renunciar á los alimentos, ó tiene que repetir contra un tercero, es cuando hará esa reclamacion, si se nos pregunta por qué medio y con qué preferencia, responderemos que eso no ha tenido que decirlo la ley: los alimentos son deuda sagrada y de privilegio: á la ley de desvinculacion no se le puede exigir otra cosa, sino que haya reconocido y confirmado esa obliga-

cion, que es tanto como imprimirla el sello de su autoridad legal.

Cuando los alimentistas sean sucesores inmediatos, dice la ley, dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Preciso: ignoramos qué objeto tiene esa cláusula: Cuando el sucesor entraba en la posesion de un vínculo, no cobraba alimentos; era al contrario: tenia que pagarlos: ¿cómo ni de quién los habia de percibir deshecha la vinculacion, entrando en el disfrute de una fortuna que recibia como libre?

Si el artículo no se hubiera formado á retazos, no podia comenzar el párrafo tercero como principia: ¿qué significa en oracion aparte la cláusula? *Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos.* Nos parece que esta idea hubiera podido ir unida á la anterior, si se creia que aquella no redondeaba el pensamiento. Pero si así se creyó, se creyó mal; los bienes quedan libres en el inmediato sucesor: no hay tercera persona que tenga derecho á cobrar pensiones y alimentos; pues para las cargas de otra especie, aun para las pensiones familiares, si son de las que han de subsistir por pacto ó disposicion particular, rige el art. 7.°, y hay que cumplir lo que en él se previene.

Concluye el artículo con una declaracion que es ciertamente original. Cuando los poseedores actuales no inviertan en alimentos ó pensiones la sesta parte líquida de las rentas del Mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar hermanas, auxiliar hermanos. El precepto no es lógico, ni su objeto factible. La facultad del poseedor no debia ser limitada sin necesidad urgente: despues de esto, ¿qué proporcion se toma para calcular la renta líquida? la ley dice de todo el Mayorazgo. ¿Y no es violento declarar necesaria una obligacion que en ningun caso habria satisfecho sino como una deuda de honor y conmiseracion? Tratándose de hermanas y hermanos, que ninguna opcion tenian al vínculo, pero á quienes deberá asistírseles con los que se les deba, ¿no es anómalo declararles derecho para provocar

un prorateo, intervenir las rentas y ver si falta ó no algo que invertir hasta el completo de la sesta parte?

Esto es anómalo, pero lo que sigue es inconcebible; igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan: júntese este inciso con el anterior: *despues cesarán las obligaciones que existan hasta ahora de pagar alimentos*: si no deben alimentos porque no tienen á quien darlos, ¿cuál es el tipo de la cantidad con que han de procurar auxilios á sus hermanos? y si no pueden sustraerse á esta obligacion, ¿serán dueños de vender los bienes quitándose los medios de cumplirla?

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 11 de Abril de 1844: 1.° que los inmediatos sucesores de los Mayorazgos tienen derecho á percibir alimentos en mayor ó menor cantidad habida consideracion á las circunstancias; 2.° que este derecho subsiste aun despues de publicada la ley de 27 de Setiembre de 1820 cualquiera que sea el motivo por el que se deban los alimentos. El Tribunal desaprobaba por las últimas palabras la distincion que habia hecho la sala sentenciadora entre los alimentos debidos por fundacion, y los que procedian de convenios y providencias judiciales: distincion contraria á la ley.

Otra de 27 de Abril de 1861 ha declarado igualmente: Que si bien por la ley de 11 de Octubre de 1820 se declararon libres los bienes que hasta entonces fueron vinculados, esta declaracion no afectó á los derechos que para la percepcion de alimentos tuvieran los inmediatos sucesores.

Art. 11. *La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará á estas mientras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato.*

El artículo relativo á pensiones y alimentos nada disponia acerca de los ofrecidos por los Mayorazgos á sus mujeres en concepto de viudedad. Un Diputado propuso que se buscára

medio de hacer efectiva esta promesa, y aun se ofreció á estendêr por escrito su pensamiento para que la Comision resolviera. Con efecto, su enmienda se hallaba concebida en estos términos: «No habiendo provisto la Comision mas que á los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas con arreglo á las fundaciones, ó á convenios particulares, ó á determinaciones, pido á las Cortes se sirvan mandar pasar esta indicacion á la Comision para que proponga medio de que se pague á las viudas de los poseedores actuales las viudedades que les ofrecieron sus maridos en los contratos matrimoniales, pareciéndome regular que queden responsables á este pago todos los bienes de los Mayorazgos que poseen, asi la mitad de que ellos pueden disponer como la que debe pasar al inmediato.»

Que semejantes gravámenes pesaban sobre los Mayorazgos; y que la costumbre vincular los autorizaba es indudable: si no se creyó bastante el art. 7.° era menester redactar otro que decidiese especialmente este caso. El cumplimiento de aquella promesa era una carga general del Mayorazgo; no pudiendo gravar toda sobre la mitad libre del poseedor, ni sobre la mitad reservada al inmediato, lo mejor era partirla. Esto fué lo que se propuso y esto se hizo.

Art. 12. *Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se suceden los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por via de viudedad, lo ejecuten asi los que en el dia se hallan casados, por lo respectivo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enagenados, cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevenido.*

La supresion de los Mayorazgos debia necesariamente afectar á todos los derechos é intereses que estaban con ellos relacionados, y como estos no podian ser uniformes en un pais que ha conservado en su vigor fueros y legislaciones especia-

les; de aquí la necesidad de ponerla en armonía con lo prevenido por dichos fueros. Al discutirse la ley se pasó á la Comision una enmienda de un señor Diputado, concebida en estos términos: «Que á los casados hasta el dia en Aragon con arreglo á aquel fuero, se les mantengan ilesos los derechos de viudedad; sea cualquiera la suerte de los bienes que hasta ahora han sido vinculados.» De esta indicacion nació la idea de conservar á favor del cónyuge viudo el usufructo de las vinculaciones. Nada se innovaba respecto del inmediato sucesor, se mantenia al cónyuge sobreviviente en un derecho que siempre habia tenido. El cónyuge superstite recibirá en usufructo la mitad reservada al inmediato, y todos los bienes de la del poseedor que este no hubiese enajenado; á la muerte del usufructuario dicho se está que el sucesor se reintegra en el usufructo de la mitad, cuyo derecho de la misma manera se consolida con la propiedad de los otros bienes, que, como libres, debian pasar á los herederos.

Art. 13. *Los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundaciones, ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó mas grandezas de España ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de un hijo, podrán distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.*

Echábase de menos este artículo en el proyecto, mas no por eso eran culpables de omision sus autores, pues ocupados en resolver la cuestion económica, no tenian para que producir una reforma política. Sin embargo, un Diputado propuso que la Comision presentara el proyecto de ley sobre el modo cómo se habian de dividir los muchos títulos de Castilla que algunos poseen en el dia, y cómo y por quién debia heredarse

el título cuando fuese el único. Aplazóse la propuesta para cuando se tratase de los arts. 7.° y 8.°. Mas estos artículos, que aunque en forma diminuta y con restricciones, conservaban los vínculos, fueron retirados, y en su lugar aparece esta declaracion, que hubo de considerarse necesaria.

El artículo determina que los títulos, prerogativas de honor y otras preeminencias, subsistan en el mismo pié, y sigan el órden prescrito para la sucesion; pero permite á los poseedores de dos ó mas grandezas de España ó títulos de Castilla, que los distribuyan entre sus hijos, reservando la principal para el sucesor inmediato.

Tambien declara subsistentes, aunque con calidad de por ahora, los derechos de patronato.

Art. 14. *Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellania, obra pia, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extrangeros.*

Este artículo alteraba de una manera radical la base del proyecto; es resueltamente prohibitivo, mientras que el otro, menos absoluto, respetaba las vinculaciones de censos, juros, foros y acciones de Banco, y aun permitia la de bienes raices con licencia de las Córtes. La redaccion se resiente del número y de la diversidad de enmiendas que se tuvieron presentes para formarle. ¿A qué fin venia prohibir la fundacion de capellanías y patronatos? ¿por ventura trataba de ellos la ley? Por otra parte: si toda vinculacion quedaba suprimida, ¿para qué decir que nadie pudiese vincular acciones de Banco ú otros fondos estranjeros?

No nos parece tan fundado el reparo que otros le ponen. La Pragmática de 1789, señalando algunos requisitos á los Mayorazgos, estaba muy en lo justo al declarar nulos y sin efecto los que se celebrasen en contravencion á los mismos. Publicada la ley desamortizadora, esa precaucion era inútil: ¿cómo se habia de anular lo que no podia existir?

ART. 15. *Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, asi seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raices ó inmuebles en provincia alguna de la Monarquía, ni por testamento ni por donacion, compra, permuta, fideicomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso.*

ART. 16. *Tampoco puedan en adelante las manos muertas imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raices, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la mano muerta, ó ya en otras responsiones anuales.*

El comentario de estos artículos seria el exámen de la desamortizacion, que, sobre sèr impropio, nos ocuparia demasiado. Acontecimientos posteriores han contribuido á alterar ó modificar el pensamiento de la ley. Hacemos al tiempo testigo de las alternativas que ha esperimentado la opinion y de los encontrados parçceres que han dividido á hombres eminentes, sin que haya sido posible tener á raya las exageraciones de ultramontanos y regalistas, hasta parar en un arreglo autorizado por los únicos que tenian potestad de hacerle.

Tampoco es tan inflexible la prohibicion de adquirir impuesta á los establecimientos de beneficencia. El último estado de una cuestion que no ha dejado de ser reñida, es que puedan adquirir bienes, pero á calidad de darles el destino prefijado por leyes vigentes.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 28 de Diciembre de 1861 que la ley de 11 de Octubre de 1820 ha sido modificada en sus artículos 14, 15 y 16, por la ley de 1.° de

Mayo de 1855, que faculta á los establecimientos de beneficencia para adquirir bienes, aunque á condicion de invertirlos en efectos públicos.

ARTÍCULO 3.°

Decreto de las Córtes de 15 de Mayo de 1821.

El capitan de navio retirado D. Andrés Fernandez de Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de las vinculaciones que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado, y en atencion á que, si llegase á verificarse su fallecimiento antes de averiguar quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarian tantos pleitos cuanto es el número de estas; y en vista de dicha exposicion se han servido conceder al citado D. Andrés Fernandez de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos, por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar por muerte de dicho Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor como en los lugares donde se hallen sitos los bienes amayorazgados, y en la capital del Reino, con el fin de que se publiquen en la Gaceta *ministerial y otros papeles públicos, que el juez de primera instancia ante quien deba seguirse esta causa gradúe por convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento de que, pasado este, se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias.*

Ninguna entre las muchas enmiendas presentadas al pro-

yecto previó la dificultad motivo de la anterior consulta: habiase mandado partir los bienes de los Mayorazgos entre el poseedor y el sucesor inmediato; pero no dijo la ley lo que se habia de hacer cuando, practicadas las diligencias, resultara, no que fuese desconocido, cuya falta en ese caso se supliria con la intervencion del procurador síndico, sino que no le habia por haberse estinguido las líneas, y parar los bienes en el que por esta causa debia ser último poseedor. Hé aquí la duda del capitan de navío Fernandez de Viedma, duda á que podia dar lugar el silencio, pero que en manera alguna autorizaba el espíritu de la ley. Faltando el sucesor inmediato, ¿en favor de quién se exigia al poseedor el sacrificio de la mitad de su fortuna? ¿Quién tenia el derecho de inmediacion? Sabemos lo que se puede contestar; pero el Fisco es heredero universal de los bienes que no tienen dueño, y Viedma lo era de los del Mayorazgo, una vez declarados libres; además la ley de desvinculacion se daba para favorecer la circulacion; no para enriquecer al Fisco.

Habia un fraude que prevenir, y es el de que se tomara por no existente un sucesor desconocido; que se impidiese la division exagerando la dificultad de encontrar persona interesada en ella. Este era el punto dudoso de la consulta, y el legislador creyó posible resolverle amontonando las diligencias, repitiendo las prevenciones y usando de circunloquios á riesgo de hacerse, como sucedió, pesado, oscuro é inexacto. La redaccion del decreto fué poco feliz: con decir que consulta y respuesta, aunque se descomponen en varios periodos, hacen una oracion, no se necesita mas para comprender si serán pocas las faltas de concepto y estilo.

Viedma se espresaba mal en su instancia: por lo que de su relacion aparece, debia hallarse en posesion de bienes desamayorazgados; y confundiendo los conceptos de sucesor y heredero, creyó que, como no tenia parientes que le sucedieran abintestato, porque no los tenia conocidos dentro del cuarto ó quinto grado, que serian los que tuviesen derecho á sus Mayorazgos, iba á dejar un semillero de pleitos si no se

le permitia disponer libremente de dichos bienes. La espresion de aquella circunstancia carecia de objeto, pues podian faltarle parientes dentro del cuarto grado y existir sucesores en otro mas remoto. Las Córtes, accediendo á su pretension, le concedieron permiso para disponer, como él decia, *del total de las vinculaciones;* pero bajo las prevenciones siguientes: 1.ª La de acreditar por medio de una informacion de testigos la falta de sucesores legítimos, en cuya virtud, por muerte del interesado, sus bienes debian quedar reducidos á la clase de mostrencos. Esta cláusula se sabe lo que quiere decir, aunque adolece de la misma impropiedad que la instancia: ¿quiénes se llaman sucesores legítimos? Eso sin reparar en el contrasentido de suplir por una informacion la *dificultad* de una prueba negativa. 2.ª La de fijar edictos, que se renovarian de ocho en ocho meses por espacio de dos años, asi en el domicilio del poseedor como en los lugares donde radicasen las fincas, y publicar anuncios por medio de los periódicos oficiales citando y emplazando á los que se creyesen con derecho á suceder, para que dentro de aquel término compareciesen, por sí ó por sus apoderados, en el juzgado que conociere del negocio, bajo apercibimiento que de no hacerlo se procederia á la *declaracion de ser libres dichos bienes.* Hemos procurado hacer inteligible una cláusula que en el decreto no lo es. Hay confusion y hay inexactitud, porque no se necesitaba declarar lo que por demás se sabia; que los bienes eran libres. Era lo bastante haber dicho que el poseedor actual podria disponer de ellos como mejor fuere su voluntad; pero ni aun este concepto es claro, pues le oscurecen las siguientes palabras «segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestato»: no pudiéndose unir esta cláusula con su inmediata, porque las diligencias sobre declaracion de mostrencos nada tienen que ver con la hecha á favor del poseedor, hay que unirla con las otras á que se refiere; y asi, ¿qué necesidad tenia el legislador de hacer ese recuerdo? Hubiéralo espresado antes si queria ahorrar palabras y evitarse hablar de una informacion que estaba es-

plicada con decir que era la de estilo para las causas de mostrencos.

Por lo demás, si despues de tantas diligencias que no tienen mas límite que la discrecion del juez, aun pudiera quedar algun recelo, diriamos que no hay garantía posible para los derechos en el mundo.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 29 de Octubre de 1859 está declarado: 1.° Que el poseedor de un vínculo que no tiene sucesores legítimos á la vinculacion, puede disponer de la totalidad de los bienes que lo constituyen: 2.° Que el fundador de un vínculo no muere intestado en la mitad que debia pertenecer al inmediato sucesor cuando no le hubiese: 3.° Que los derechos hereditarios por sucesion comun ú ordinaria de que hablan las leyes de Partida, no pueden confundirse con las que confieren las leyes desvinculadoras.

Para fundar esta declaracion, el Tribunal Supremo tuvo presente que aunque el decreto de las Córtes de 15 de Mayo de 1821, habla en su parte espositiva de sucesores conocidos dentro del cuarto ó quinto grado, esa locucion que se ha pretendido referir á los que pudieran tener derechos hereditarios como parientes mas próximos del fundador, no fue aceptada en la parte dispositiva del decreto que se limitó á hablar de sucesores legítimos sin designacion de grado; que el referido decreto, ampliando lo dispuesto en la ley anterior de 11 de Octubre de 1820, facultó á los poseedores de bienes antes vinculados para disponer como mejor fuere su voluntad de la totalidad de ellos en el caso, sujeto á la prueba específica en el mismo decreto detallada de no existir sucesores legítimos á la vinculacion.

Artículo 4.°

Decreto de las Córtes de 19 de Mayo de 1821.

Habiendo acudido á las Córtes el Duque de San Lorenzo en solicitud de que en atencion á lo prolija y costosa que le seria la tasacion y division de todos sus bienes vinculados, para separar

la mitad vendible con intervencion del inmediato sucesor, conforme al art. 3.° de la ley de 11 de Octubre del año próximo pasado, se le autorice por medio de una declaracion general ó de una dispensa particular para vender algunas fincas conocidamente inferiores en su valor al de la mitad disponible, las Córtes se han servido declarar: Qué el Duque de San Lorenzo, conforme al espíritu de la ley de 11 de Octubre citada, está habilitado para enagenar una parte de sus Mayorazgos que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos; haciéndose designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender con intervencion del sucesor inmediato, para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la mitad que queda disponible al poseedor.

No era tan sencillo como á primera vista aparece el caso decidido por este decreto. La licencia dejaba al poseedor árbitro de un derecho que podia ser dañoso al inmediato, no obstante su intervencion en las enajenaciones que estaba limitada á tomar nota del valor de lo vendido. Conocida la dificultad se necesitaba una resolucion que precaviese ó aminorase ciertos inconvenientes.

Artículo 3.°

Ley de 28 de Junio de 1821.

Artículo 1.° *El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor, sin prévia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquier otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.*

Si el verificar cuanto antes la desvinculacion debia ser útil, no puede contradecirse la utilidad de esta declaracion que tanto la favorecia. El poseedor queda autorizado para vender los bienes equivalentes á su mitad, sin mas que obtener el

consentimiento del siguiente en órden, único que podia sindicar sus actos, único que debia aprobarlos; prévio ese consentimiento, el que por muerte ú otra causa le suceda, tiene que conformarse, de manera que la facilidad ganada por un lado, se aumenta con la seguridad adquirida por otro. Como medida de ejecucion, esta ley que tan espedito hace el camino es, pues, escelente. No la criticamos: pero de sentir es que haya sido menester sacrificar tanto á la celeridad y á la economía. La salvacion de muchas y aun principales casas, hoy apuradas por gastos imprudentes, se busca, sabido es, por una tasacion y division que es muchas veces tardía.

Art. 2.° *Si el inmediato fuere desconocido ó se hallare bajo la pátria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al art. 3.° del decreto de 27 de Setiembre* (ley de 11 de Octubre), *cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores; quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del Reino cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.*

Nada de particular ofrece este artículo, que es la demostracion de que la regla debe ser una para casos iguales. Las personas encargadas de representar á un desconocido, le suplen tambien para prestar su consentimiento; solo se advierte que para que los tutores y guardadores salven su responsabilidad, han de cumplir con las formalidades prescritas por las leyes. Para nosotros no admite duda que el requisito de que habla la ley, es la justificacion de utilidad que necesita practicar el tutor siempre que se trate de la enajenacion de bienes de menores. Si de otro modo se entendiese, la diligencia seria inútil, porque la tasacion de las fincas es la mayor formalidad. Pero eso precisamente es lo que se trata de evitar.

Art. 3.° *En el caso de que se oponga al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes,*

se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de 27 de Setiembre (11 de Octubre); *pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el juez y se proceda desde luego á ella.*

La ley decide un caso raro, pero que ella ha hecho posible: desde que se deja en manos de un tercero la facultad de prestar el consentimiento, se prevé que pueda haber alguno que lo niegue; las razones de esta negativa son de distinto género: una política, fundada en la esperanza de una restauracion; otra económica, fundada en el carácter de los antiguos vinculistas, á quienes juzgándolos por sus desórdenes, cabe aplicar como á ninguno la máxima de que los hombres esperan de sus recursos mas de lo que alcanzan. Fuese cualquiera la causa de esa negativa, menester era removerla, y la ley da dos medios: si se trata de la enajenacion integra de la mitad, tasacion general; si solo de alguna finca, la prueba ante el juez, que, por supuesto, no se hará sin citacion y quizás oposicion del inmediato, de que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enajenar.

Artículo 6.°

Cédula de 11 de Marzo de 1824.

Artículo 1.° *A consecuencia de la declaracion de nulidad de todos los actos del gobierno llamado constitucional, se reponen los Mayorazgos y demás vinculaciones al ser y estado que tenian en 7 de Marzo de 1820, y los bienes que se les desmembraron en virtud de las órdenes y decretos de aquel gobierno se restituyan inmediatamente al poseedor actual de dichos Mayorazgos ó vinculaciones.*

Art. 2.° *La restitucion se hará sin incluir los frutos percibidos hasta el dia en que se publique esta real cédula; pero*

comprenderá el resarcimiento de daños y perjuicios causados en los bienes por culpa de los tenedores.

Art. 3.° *Los que lo son por compra ó cualquiera otro título oneroso serán reintegrados del precio á costa del poseedor del vínculo que enagenó los bienes, y en defecto á la del inmediato sucesor, si intervino en la enagenacion ó prestó su consentimiento para que aquel enagenase los equivalentes á la mitad ó menos de los vinculados, sin prévia tasacion de todos.*

Art. 4.° *Si el poseedor del vínculo que enagenó, ó el inmediato sucesor que intervino en la enagenacion, ó la consintió por excusar el justiprecio, no pudiesen hacer el reintegro, durante la vida de estos retendrá los bienes el tenedor; para reintegrarse por los frutos ó rentas que produzcan.*

Art. 5.° *No estará sujeto á esta responsabilidad el inmediato sucesor que solo concurrió á la tasacion y division de todos los bienes.*

Art. 6.° *En los separados del vínculo por herencia testamentaria ó intestada, ó por cualquiera otra causa meramente lucrativa, el tenedor solo podrá reclamar las mejoras necesarias que haya hecho, tomando en cuenta lo que por razon de ellas hubiese percibido; y si no se le abonan, retendrá la finca hasta cubrirse ó reintegrarse por sus frutos, cualquiera que sea el poseedor de la vinculacion.*

Art. 7.° *El reintegro de las mejoras necesarias se hará del mismo modo y con igual retencion de la finca al tenedor por título oneroso. En cuanto á las mejoras útiles y voluntarias que hubiese hecho el tenedor por título oneroso y lucrativo, se estará á las leyes comunes.*

Art. 8.° *Las transacciones que se hayan celebrado entre el poseedor de la vinculacion y el tenedor de sus bienes sobre el reintegro del precio ó sobre los frutos percibidos, tendrán valor y efecto, como no sean en perjuicio de la restitucion de dichos bienes.*

Art. 9.° *Quedan subsistentes las enagenaciones hechas durante el gobierno llamado constitucional en virtud de cédulas*

ó reales facultades anteriores, á consulta de la Cámara, con tal que se hayan realizado conforme á su tenor.

Art. 10. *Las que se hubiesen hecho con autorizacion de dicho gobierno anteriores á los decretos y órdenes de 27 de Setiembre* (ley de 11 de Octubre) *de 1820, de 15 y 19 de Mayo, y de 16 de Junio de 1821, aunque hubiesen precedido las formalidades y precauciones que tiene adoptadas la Cámara, se someterán á su censura y aprobacion.*

El tiempo empleado en madurar esta resolucion, que se dice haber sido examinada por los Fiscales del Consejo y discutida en la Cámara, no modificó la opinion de sus autores, la misma que presidió al decreto de 1.° de Octubre de 1823. No obstante que para restablecer los Mayorazgos bastaba aquel decreto, que declaró nulos y de ningun valor todos los actos del gobierno llamado constitucional, de cualquiera clase y condicion, y el cual venia rigiendo desde el 7 de Marzo de 1820 hasta aquella fecha, se dictó la real cédula preinserta disponiendo el modo y forma de su restablecimiento. Cuando los comentaristas de las leyes de desvinculacion, que podian examinarla por constituir el período mas singular de la historia de dichas leyes, han prescindido de ella, mejor podemos omitirla nosotros, que hacemos trabajo bien diverso, que tenemos no poco en que ocuparnos estudiando el Derecho sin analizar todos sus precedentes. La disposicion que anuló derechos é intereses creados á la sombra de una ley, y que para nada apreció los efectos que en tres ó mas años de existencia habia producido, tiene bien merecido el nombre de reaccionaria. El odio con que se miran leyes de este género es causa de que se las condene y no se las juzgue. Ya que la esperiencia enseña que son mas frecuentes de lo que conviene en la historia de los pueblos, deben servir de ejemplo á los legisladores para que no se dejen llevar de un entusiasmo irreflexivo, y eviten en cuanto sea posible producir situaciones tirantes que les sirvan de pretesto, ya que nunca de aceptable disculpa.

Abolida completamente dicha ley, no la recordariamos sino

fuera porque en la prática se tocan los resultados de su dominacion. Mas de un conflicto ha producido la alternativa de las leyes vinculares: mas de una decision ha sido precisa para conciliar intereses que, no distinguiendo los tiempos, parecen contradictorios.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 17 de Julio de 1850 está declarado: Que la ley de 11 de Octubre de 1820 sobre desamortizacion, rigió en toda la Monarquía desde su fecha hasta que el 1.° de Octubre de 1823 se publicó el decreto anulando todos los actos del gobierno constitucional.

Lo está asimismo por otra de 28 de Diciembre de 1852: Que deben considerarse sin valor alguno legal las últimas voluntades que disponen de bienes declarados libres por la ley de 1820, si el testador murió despues de publicado el decreto de 1.° de Octubre de 1823 que restableció las vinculaciones. «El Tribunal consideró que por dicho real decreto y la real cédula de 11 de Marzo de 1824, se verificó la reintegracion completa y la unidad é indivisibilidad de todas las fundaciones vinculadas.»

ARTÍCULO 7.°

Ley de 6 de Junio de 1835.

ARTÍCULO 1.° *Los compradores de bienes vinculados que se enagenaron en virtud del decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de* 1820 (ley de 11 de Octubre), *si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que expresan los artículos siguientes:*

ART. 2.° *Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos, quedan asegurados en su pleno dominio.*

ART. 3.° *Los compradores de dichos bienes que los hubiesen devuelto á virtud de la real cédula de 11 de Marzo de 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que los habian adquirido, con el rédito de un 3 por 100, á contar del dia de la devolucion.*

Ante todo hay que fijarse en el carácter de la ley: repara algunos perjuicios de la cédula de 1824; pero no la deroga: el pensamiento capital de esta última, subsiste en su vigor como tenia que suceder, supuestos los principios políticos inaugurados al advenimiento de la nueva época constitucional.

Así es que el primer artículo que le sirve como de portada, se dirige á los que mas perjuicios habian sufrido por aquella disposicion.

Los compradores de los bienes, si no se habian desprendido de ellos, quedaban asegurados en pleno dominio: si los hubieren devuelto, recibirian íntegro el precio que por ellos habian satisfecho, mas el rédito de un 3 por 100, desde el dia de su devolucion.

Que la ley respetaba las vinculaciones, lo prueba el haber prescindido de uno de los tres estados en que los bienes podian hallarse con arreglo á la cédula. Nada dice del comprador que habiéndolos devuelto hubiese recibido su precio: ese estaba completamente reintegrado: de ese no se ocupa la ley. Habla primero de los que no los hubiesen devuelto á quienes confirma en pleno dominio; y aquí ocurre preguntar: si las vinculaciones subsisten, ¿por qué no la obligacion de restituirlos á sus dueños? Porque la ley no debia ser mas solicita que los particulares. Diez años trascurridos sin usar del beneficio de la devolucion, autorizaban para presumir que el mayorazguista por eximirse de una carga, renunció á un derecho. Faltaba en este caso la razon de la ley que no fué otra que idemnizar de sus perjuicios á los adquirentes de bienes amayorazgados. A los que lo hubieran sido en virtud de un título oneroso, el que mejor representa la idea de justicia, les concede el 3 por 100 de su capital á contar desde el dia en que devolvieron la finca. Hizo precisa esta medida el método dispuesto por la cédula del 24 y de que se valieron algunos mayorazguistas para readquirir sus fincas; que fué dejarlas en poder de los compradores para que aplicaran los productos en pago del capital. De este modo se estinguia una obligacion pero se producia otra: el comprador lograba irse reintegrando poco á po-

co de su capital por la retencion de los frutos, pero los frutos eran consecuencia de su dominio, darles otro destino era desconocer el valor del capital. Tal fué la necesidad, tal fué el objeto del artículo. Los que, mediante esta forma de pago, hubieran sido reintegrados en el precio de la compra, tenian derecho á pedir el interés del capital, porque habiéndose privado de los frutos por la aplicacion impropia que se les diera, se hallaban en descubierto de un interés legítimo.

Art. 4.° *Están en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que, habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores.*

Resuelve un caso parecido al anterior, aunque con la diferencia del título de egresion, que pudiera hacer difícil su inteligencia práctica; la declaracion está en su lugar. Conforme á los artículos anteriores, un segundo comprador de bienes vinculares tenia derecho al reintegro del mismo modo que el primero; pues aunque hubiese habido cambio de persona, no se habian alterado los derechos resultantes de la egresion. ¿Sería aplicable la regla cuando la finca hubiese salido del mayorazguista por título lucratiro, v. gr., por donacion? El adquirente de la finca por compra hecha al donatario, ¿se halla en idénticas circunstancias que otro que lo hubiese adquirido de un primer comprador? Indudablemente; el título de egresion fué distinto, pero no la causa que hacia necesario el reintegro.

Art. 5.° *El poseedor actual del vínculo, al que fueron devueltos los bienes, puede conservarlos, entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro del término de un año, contado desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del periodo que transcurra hasta que la entrega sea efectiva. Pero dentro de sesenta dias, de como sea requerido el poseedor por el comprador ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion, y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el art. 3.° Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, la pasará*

desde luego á manos del comprador, para que la disfrute como dueño, abonando empero los adelantos que aquel hubiere hecho por razon de cultivo.

La ley gira siempre sobre los mismos supuestos: todos sus artículos tienden á establecer reglas de compensacion proporcionadas á los perjuicios causados por la cédula del 24. El artículo tiene tres partes: en la primera permite al poseedor conservar los bienes que le fueren devueltos, con tal que entregue al comprador el precio de la venta y sus réditos dentro de un año, contado desde la fecha de la ley, con aumento de los intereses que venzan de nuevo hasta verificar la entrega. Decir que podia conservarlos era dejarle la libertad de devolverlos, y así se declara en la segunda parte, pues le concede sesenta dias para volver la finca ó reintegrar su importe; esto da á entender el artículo, aunque sin duda por descuido usa la palabra *quedarse;* si deja trascurrir ese término sin optar por una ú otra cosa, el comprador con arreglo al art. 3.° percibirá íntegro el precio y el rédito correspondiente, á contar desde el dia de la devolucion. Si optare por la entrega, la verificará como se previene en la última parte, pasándola á manos del comprador para que la disfrute como dueño; pero teniendo este que abonarle los gastos de cultivo.

Art. 6.° *Los réditos de que hablan los artículos anteriores, se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiese disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquellos contra los que la hubiesen poseido ó sus herederos.*

El artículo se remite á los anteriores, porque es comun á todos el supuesto de que el comprador ha de ser reintegrado en el capital y réditos, importe de los bienes devueltos á los antiguos vinculistas. El 5.° no es una escepcion: su diferencia contribuye á fijar mejor el órden de las responsabilidades; supóngase que el poseedor quiere conservar la finca, claro es que en este caso se impone él mismo la obligacion de abonar capital y réditos, sin perjuicio de cualquier derecho que podrá ejercitar contra otros vinculistas ó sus herederos: supóngase

que prefiera restituirla, cumple en este caso con pagar los réditos correspondientes al tiempo que la ha disfrutado; los demás son á cargo de los que le precedieron en ella, tambien segun el tiempo que duró su posesion.

Art. 7.° *El poseedor actual, ya sea el vendedor, ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero, que en uso del art. 5.° reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que no siendo vendedor, ni sucesor inmediato que intervino en la venta, lo hubiese ya verificado, quedan autorizados para considerar como libres dichos bienes.*

Mientras se respetasen los efectos de la cédula, nada se habia hecho con devolver las fincas á sus antiguos dueños, y procurar que no sufrieran perjuicio los compradores: era necesario decir el destino de esas fincas, cuya readquisicion exigia un sacrificio pero sacrificio que podia hacer el poseedor, ó su inmediato, ó un tercero: el legislador previendo este caso, dice: que si han reintegrado al comprador con fondos propios, están autorizados para considerar como libres dichos bienes. Habria sido injusto declararlos amayorazgados: hubiéralo sido menos declararlos desde luego libres, pero ni aun esto dijo la ley: reservó la calificacion á los adquirentes autorizándolos para considerarlos libres.

Art. 8.° *No entregando dentro del término de un año el poseedor del vínculo las cantidades que corresponden al comprador, se trasmite á este el pleno dominio de los bienes, y además podrá entablar contra las personas que expresa el artículo 6.° las reclamaciones respectivas á réditos hasta el percibo de los que le correspondan.*

El artículo está esplicado por sus anteriores el 5.° y 6.° á que se refiere: si el vinculista que desea conservar los bienes y tiene un año para devolver el precio y los réditos, deja pasar el término sin abonar las cantidades correspondientes, los bienes responden al comprador; éste que no es desposeido, sino en tanto en cuanto sea indemnizado, recobra su dominio, y no solo esto, sino que puede percibir del

poseedor ó sus herederos los réditos de un capital de que ha estado privado.

Art. 9.° *En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que lo recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores.*

El laconismo de este articulo le haria oscuro, si pudiera serlo el precepto que espresa bajo una forma general. El análisis le descompone en varios casos; pero uno es el que nosotros hallamos decidido: para que el contrato surta los efectos de la compra-venta, y que el permutante adquiera derecho al reintegro, se necesita que haya dado sobreprecio á las fincas que permutó con otras vinculadas, entonces no se deshace el contrato sin qne se le devuelva el sobreprecio, y su rédito, del mismo modo y por igual principio que se concede uno y otro al comprador.

Art. 10. *Las mejoras y deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores con arreglo á derecho.*

El articulo 7.° de la cédula de 1824 autorizaba al adquirente para reintegrarse de las necesarias con retencion de la finca hasta cobrarse de su importe: en cuanto á las útiles y voluntarias remite la decision á las leyes comunes.

El presente, redactado mas en armonía con los buenos principios no ha tenido que hacer diferencias, deja que tales cuestiones se decidan con arreglo á derecho.

Art. 11. *Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta, sobre el reintegro del capital, no tendrá mas derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en mas de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido, y de que no estuviere reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.*

El legislador no perdió de vista que, aunque con objeto diferente, tambien la cédula del 24 hablaba de transacciones:

quizás por eso, empleando una minuciosidad redundante, se ocupó de un caso sencillo, y además decidido por todas las leyes. Los pactos del comprador y vendedor sobre el modo de hacer el reintegro son obligatorios; faltaria si no el principio de que los contrayentes dan ley á los contratos: aquí no habia intereses mas altos que contemplar. Pero como el artículo ha previsto una cosa, no ha descuidado otra: si hubiese intervenido lesion, el comprador puede reclamarla, así como los réditos de que no estuviese cubierto al tiempo de cumplir el contrato.

Nos fijamos en principios absolutos para descartar otras cuestiones que, tomado textualmente el artículo, nacen de su letra.

Art. 12. *Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de la venta.*

La fijacion de un tipo era indispensable para calcular el importe de los réditos, los cuales podrian variar conforme al valor de la cosa, en tres distintas épocas; ó el de la venta, ó el de su anulacion, ó el del convenio acerca del modo de efectuar el reintegro. Para nosotros nunca habria sido dudoso que la causa de todos estos actos, por no llamarlos complicaciones, fué la enajenacion; el precio dado entonces á la finca debia ser la base.

Art. 13. *Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y deterioros.*

En diez ó mas años que tuvo de observancia la cédula de 24, debió producir cuestiones sobre resarcimiento de daños y abono de mejoras, puntos de que aquella ley, con ser tan estremada, no pudo prescindir. La de 35 se halló resueltas parte de esas cuestiones: nada menos podia hacer en obsequio de la santidad de la cosa juzgada, que respetar las sentencias ejecutorias.

Art. 14. *Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion.*

Entre este y el anterior artículo que se enlazan por el adverbio, *asimismo*, hay identidad de principio; lo que varía es el negocio: el uno dispone acerca del reintegro por retencion, lo que el otro sobre indemnizacion por desperfectos ó mejoras.

Art. 15. *Sin embargo, tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes los intereses devengados hasta el dia de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada año.*

No podia proporcionarse remedio mas análogo á un agravio incalificable. En otra parte hemos visto que la cédula autorizaba el reintegro por retencion; ¿pero qué reintegro? amortizar el capital con las rentas, tener improductivo un capital. La retroaccion hizo aqui lo que solo á su poder era concedido: la cédula y la ley de 35, tenian un punto de vista desemejante; aquella dió todas las ventajas al vendedor, por eso fué inmoral; esta indemniza en nombre de la igualdad al comprador, por eso es justa. Cuando tan grandes habian sido las ventajas del vinculista, del cual se ha dicho con verdad, que cobraba el interés de dos capitales, el de la finca cuyo producto servia para amortizarle una deuda, y el de su importe que pasaba íntegro á su bolsillo, tenemos al pobre comprador sudando un dia y otro dia para reintegrarse á fuerza de tiempo y de trabajo, de un capital perdido. Podiase consentir el restablecimiento de las vinculaciones, pero no las desigualdades que habia producido. El remedio que puso la ley para salvar una de las mayores, fué bien sencillo y bien suave; el comprador podia reclamar de los poseedores de los bienes los intereses vencidos hasta el dia de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada año: órdenó, que se hiciese una liquidacion por años, bajando del precio el importe ó valor de las rentas ó frutos de los bienes retenidos en prenda pretoria, y que el rédito corriente se estimára por el residuo que apareciese á favor del comprador, de manera que aunque por sentencia ejecutoria se haya declarado satisfecho el capital por la percepcion de frutos, no obstante, el comprador puede reclamar el interés del 3 por 100, rebatiendo en es-

cala descendente los productos anuales del capital redituable.

Art. 16 *El comprador que hubiese devuelto los bienes en concepto de haberse reintegrado ya del precio de la venta por medio de la retencion de ellos, y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años transcurridos para su total realizacion, hecha en cada uno la deduccion correspondiente por la parte del capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion y tambien sus herederos.*

Este artículo hace general una disposicion que es especial en el anterior, y los dos son una consecuencia lógica del tercero que concede á los compradores de bienes vinculados derecho á recibir el precio de ellos y el 3 por 100 de interés hasta su completo reintegro. Si ya que la real cédula de 24 les permitió hacer dicho reintegro por retencion de las fincas, hubiese desenvuelto como correspondia ese tipo de amortizacion; si no le hubiera limitado á compensar el capital con las rentas sino que hubiese descontado antes el interés, prorateado del capital redituable, no existiria este artículo, porque no habria habido aquella injusticia. Se escribió porque así lo exigia la equidad, porque se debia una indemnizacion á los que obligados á darse por satisfechos de un reintegro á medias, habian devuelto los bienes. Los que en tal caso se encontrasen, tenian derecho á reclamar los intereses de su capital por los años trascurridos: haciéndose en cada uno la deduccion correspondiente por la parte del capital percibida. A este abono quedaban responsables el poseedor ó poseedores que hubiesen disfrutado los bienes despues de la devolucion y sus herederos. Esta responsabilidad no debia graduarse conforme á las reglas y principios de la vinculacion: los réditos eran carga de los bienes y no se podian disfrutar sin levantar esa carga.

Art. 17. *Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes*

subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo que fueron reparados ó mejorados con el producto de los que se enagenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion, que se considerarán libres para este efecto.

El caso de este artículo era eventual, pero factible: los bienes de Mayorazgo podian ser enajenados con licencia Real: la cédula tantas veces citada respetó semejantes enajenaciones, aunque hubieran sido hechas durante el período de la desamortizacion, si se hubiesen verificado en virtud de cédulas ó reales facultades anteriores. Las causas alegadas para obtenerla solian tener por objeto la utilidad del Mayorazgo, que consistia en reparar fincas, adquirir otras, etc. Los autores de la ley, con mucha prevision, se guiaron por este dato para fijar el órden que debia seguirse en las indemnizaciones. La reclamacion debia dirigirse contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo reparados ó mejorados por el producto de ellos: si uno y otro faltasen, contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes vinculados, que la ley para el efecto consideraba libres.

Llegóse á un límite que no permitia franquear el respeto guardado al principio vincular; pero la indemnizacion era antes que todo: convenia robustecer la accion de los perjudicados con fuertes garantías.

Art. 18. *En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vínculo, la reclamacion del comprador quedará espedita, no solo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demás bienes que eran del vínculo, aun cuando hubiesen pasado al fondo de mostrencos.*

Todos estos tránsitos podian sufrir los bienes vinculados; todos debia recorrerlos la ley para que en ningun caso quedara ilusoria la reclamacion del comprador, reclamacion que en su origen seria personal, pero que por sus fines debia de ser necesariamente real.

Art. 19. *A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vínculos, contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si este consumió el precio, ó le invirtió en su provecho, y no en beneficio de la vinculacion.*

No es estraño que muchos hayan manifestado recelo para mezclarse en bienes de Mayorazgo: la confianza que ofreciera la ley estaba neutralizada con las responsabilidades que dejó subsistentes; á hacer lo menos gravosas posibles esas responsabilidades se dirige el presente artículo, que concede á los poseedores actuales de tales fincas reconvenidos por el comprador, derecho para repetir á su vez contra los bienes libres del vendedor que vendió y consumió el precio, ó le invirtió en su provecho y no en el de la vinculacion. Las responsabilidades se enlazan: la ley que establecia unas no podia dejar otras sin remedio; era necesario el artículo como corolario de los que le preceden, y es además justo, porque favorece al sucesor que recibiendo por ministerio de la ley una fundacion, no tiene la culpa de los trastornos ó de los desfalcos que su antecesor pudo causar en ella.

Art. 20. *Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron y de los réditos, desde que por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los censos.*

La redencion de un censo equivale á la compra de su libertad; su precio, que es como el del contrato de compra-venta, debe regirse por las reglas establecidas para su reintegro, en cuanto no les modifique la naturaleza de la obligacion; no puede concebirse de otra manera el artículo, pues aunque redactado con la generalidad, si se quiere dañosa, de un imperativo categórico, no le faltan al legislador auxiliares, y la interpretacion es bien á propósito para suplir sus vacíos. La ley tiene por punto de partida la cédula de 24, la cual como anu-

ló las ventas, anuló tambien las redenciones de censo: pero la cuestion puede presentar tres fases: la ley no ha querido hablar de el vinculista, que para seguir cobrando el censo principió por devolver el precio del rescate ó redencion; distinto caso seria si renunciando, ó por lo menos prescindiendo del beneficio de la cédula, no hubiera devuelto el precio, pero tampoco reclamase el censo; el art. 2.° confirma en el dominio de los bienes al comprador que no los hubiese devuelto: para que el artículo sea una verdad en todas sus partes, para que las disposiciones de la ley sean, como él dice, aplicables á los que en la misma época redimieron censos, convendria, supuesta la identidad de casos, igualar al censatario con el comprador, y declararle libre del censo que redimió y no le fué pedido, del mismo modo que permanece dueño de las fincas el que no las devolvió. Todavía hay otro caso, y de ese principalmente se ocupa el artículo: á ejemplo de lo sucedido alguna vez con las fincas vendidas, que los vinculistas se reintegraron en ellas, pero sin devolver el precio, si no dejándolas en poder de los compradores para que las retuviesen hasta que de los frutos se hicieran pago del capital, sucedió tambien que los censualistas adoptaron igual forma de indemnizacion, que se abstuvieron de pedir las pensiones; dejándolas á cargo del censatario para que con ellas se reintegrase del capital; llegado este caso, dice el artículo, el censatario debe pedir que el poseedor del vínculo le abone los intereses del 3 por 100 por todo el tiempo que tardó en reintegrarse, prévio el descuento ó prorateo, que debió verificarse por años. Se habla en el supuesto, poco probable, de que las pensiones de los años trascurridos desde el 24 hasta el 35, bastasen para redimir el capital.

Art. 21. *En las obligaciones con hipoteca especial y en las demas enagenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.*

Aquí aparece bien en claro que la ley no se cuidaba mas

que de las obligaciones provenientes de título oneroso; pero estas, fuese cualquiera su título, las indemnizaba todas. De ahí procede el que mediante una fórmula general, que ni aun se apercibe de la diferencia de los casos, se adopte para toda clase de perjuicios, un principio comun de resarcimiento.

Artículo 8.º

Decreto de 30 de Agosto de 1836.

Deseando proporcionar desde luego á la nacion las grandes ventajas que deben resultarle de la desamortizacion de toda clase de vinculaciones, he venido á nombre de mi augusta hija la Reina Doña Isabel II, en decretar lo siguiente:

Artículo 1.º *Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de Octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie, y restituidos á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan.*

El acto de restablecer las leyes de desvinculacion nunca habria sido un suceso ordinario; pero fué mas que un acontecimiento; á muchos hasta les pareció un escándalo el que se restableciesen por un simple Real decreto. De todas partes se levantaron impugnaciones dirigidas mas que al fondo, á la forma de esta medida. En el tiempo trascurrido desde entonces, aquella situacion se ha legalizado, y ni interesa la cuestion, ni debemos reproducirla.

El art. 1.º de la ley de 1841 fué una satisfaccion dada al principio de legalidad; pero sin ese requisito, el decreto estuvo en observancia desde el momento de su publicacion. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en varios recursos.

Por sentencia de 20 de Noviembre de 1860 se resuelve: Que con el restablecimiento de la ley de 11 de Octubre de 1820, verificado por Real decreto de 30 de Agosto de 1836, los bienes vinculados entraron en la clase de libres desde

aquella fecha, y quedaron sujetos á las prescripciones del derecho comun.

En cuya conformidad, otra de 25 de Noviembre de 1861, declara que los poseedores de vínculos en 11 de Octubre de 1820, que fallecieron desde 1.° del mismo mes de 1823, hasta 30 de Agosto de 1836, no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados: que el inmediato sucesor del que adquirió la posesion de un vínculo en dicha época de 1823 á 1836, ocupa por ministerio de la ley el mismo lugar y las mismas condiciones que esta tuvo respecto de su antecesor, etc.

Las restantes disposiciones del decreto, son de fácil inteligencia.

ART. 2.° *Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculacion, hechas por las Córtes en* 15 *y* 19 *de Mayo de* 1821, *y en* 19 *de Junio del mismo año.*

Ambas aclaraciones, aunque publicadas en casos particulares, se dieron con carácter general: el artículo las confirma en cuanto tienden á facilitar el cumplimiento de la ley, y forman un todo con ella.

ART. 3.° *La ley restablecida por este decreto, principiará á regir desde la fecha del mismo.*

Nos recuerda esto lo que dice con mucha oportunidad el Sr. Pacheco: « La obra de 1824 traia su consecuencia natural, ya que no fuese su consecuencia necesaria. » Temible hubiera sido que se hubiese dado á la nueva ley el carácter retroactivo que habia tenido la anterior derogada. Mas contra el parecer de algunos, pues no faltaban personas animadas de ese espíritu, evitó el legislador el sistema de reacciones, y dió fuerza al decreto solo desde el tiempo que debia tenerla.

ART. 4.° *Se reserva á las próximas Córtes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los Mayorazgos, mientras estuvo vigente la ley de* 27 *de Setiembre de* 1820, *por donaciones graciosas ó remuneratorias, ó por cualquier otro título traslativo de dominio legalmente adquirido.*

La ley de 1835 habia sido reparadora, pero no tanto que no fuese susceptible de mayor desenvolvimiento y de aplicacion á otra clase de intereses. Este defecto de aquella ley es el que se ofrecia subsanar en la siguiente.

Art. 5.° y último. *Los convenios y transacciones celebrados entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 9 de Junio de 1835, tendrán cumplido efecto.*

Presintiendo los temores que habria de producir un cambio tan radical, el legislador se anticipó á conjurarlos, y puso en la altura que le corresponde el respeto á la voluntad legal de los particulares.

Artículo 9.°

Ley de 19 de Agosto de 1841.

El origen y la necesidad de esta ley nos son bien conocidos: sus vicisitudes están indicadas en el comentario del señor Pacheco, jurisconsulto que habla en la materia, mas que como historiador, como actor ó como testigo. Suyas son las siguientes palabras: «La legislatura de 1841 quiso á la vez llenar la promesa del Ministerio de 30 de Agosto de 1836; sustituir con otra mejor acordada la ley que se desgració en 1837, y decidir sobre todo la gravísima cuestion de la validez del restablecimiento de la de 1811.» El proyecto del Gobierno, presentado en la sesion de 26 de Mayo, fué discutido en ambas Cámaras. La facilidad de consultar estos debates y el respeto que por muchas razones nos merece el nombre de jurisconsultos contemporáneos, exigen que seamos sóbrios y prudentes en citas. Las que hagamos no tendrán por objeto presentar aisladas opiniones, sino aprender de boca de sus autores el comentario de los artículos que nos ofrezcan alguna oscuridad. Calificar el fondo del proyecto no nos corresponde: analizar con espíritu forense, sin mezcla de idea política, el pormenor de sus artículos, esa va á ser nuestra tarea.

Artículo 1.° *Las leyes y declaraciones de la anterior época*

constitucional sobre supresion de Mayorazgos y otras vinculaciones, que están válidamente en observancia desde 30 de Agosto de 1836 en que fueron restablecidas, continuarán en vigor solo en la Península é Islas adyacentes.

Dos circunstancias tenemos que reparar en el artículo: 1.ª, la manera cómo se salva la cuestion de validez del decreto de Agosto de 1836; 2.ª, la prudencia con que por indicacion de un señor Diputado se añadió el adverbio *solo*. Convenia en cuanto á lo uno dar por bueno el restablecimiento de las leyes desvinculadoras, pero sacando ileso el principio constitucional, y eso se consiguió usando una declaracion medio indirecta, caracterizada por el adverbio *válidamente*. Convenia en cuanto á lo otro considerar el estado social de los dominios ultramarinos para no hacerles sentir fuera de tiempo el influjo conmovedor de ciertas reformas.

Art. 2.° *Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se expidieron hasta 1.° de Octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel periodo se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se expresará en los artículos siguientes.*

No pudiendo sostenerse por demasiado absoluta la primera parte del artículo, hubo de limitarse con la segunda, pero se hizo con tan escaso acierto que se destruyen ó se contradicen. Nosotros nada estrañamos: la materia se presentaba tan difícil que retirado el artículo, y despues de conferenciar, no fué posible darle mejor redaccion. La ley debia principiar declarando válido lo hecho con arreglo á las leyes desvinculadoras mientras estuvieron en observancia. Opónese, y no sin fundamento, que no bastaban los principios generales que dicen ser válido lo que es legal, porque las leyes en una ridícula y vergonzosa confusion estaban contra las leyes mismas; pero el legislador sobre el cual pesaban las consecuencias de un mal inevitable, hizo todo y mas de lo que pudo, proclamando la validez de los actos producidos por las leyes constitucionales, salvo en cierto número de casos, ó de hechos en

que otras leyes de justicia, de política ó de conveniencia exigian su postergacion y repulsa.

Algun señor Senador manifestó que las palabras *desde que se expidieron* no fijaban bien la fecha de la ley, porque citábase unas veces la de 27 de Setiembre, y otras la de 10, 11 y 12 de Octubre de 1823. Pero la esplicacion de esta duda se halla en el art. 4.° por lo cual no fué tomada en cuenta.

Jurisprudencia.—Una sentencia de 17 de Julio de 1850 declara: 1.°, que la ley de 11 de Octubre de 1820 sobre desamortizacion, rigió en toda la Monarquía desde su fecha hasta que el 1.° de Octubre de 1823 se publicó el decreto anulando todos los actos del gobierno constitucional; y 2.°, que es además una infraccion de la ley de 19 de Agosto de 1841 declarar como declaró la Audiencia de Valencia, que la anterior de 11 de Octubre y decreto de 1.° del mismo mes, empezaron á producir sus efectos desde el dia de su promulgacion en cada capital de provincia; pues reconoce y declara literalmente en sus artículos 4.°, 5.°, 9.° y 10 sin hacer distincion ni esclusion de ningun pueblo que el período en que debió producir sus efectos, fué desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° de Octubre de 1823.

En recurso seguido con motivo de la venta de un olivar correspondiente á vinculacion enajenado en Marzo de 1822: Considerando que la venta no se hizo con arreglo á la ley de 28 de Junio de 1821, porque siendo incompatible el doble carácter de tutora y acreedora en una persona, debió nombrarse al menor curador que prestase el consentimiento requerido por el art. 2.° de dicha ley. Está declarado por sentencia de 21 de Marzo de 1853, que adoleciendo la venta del defecto que se espresa, quedó fuera de la sancion del art. 2.° de la ley de 19 de Agosto de 1841, puesto que la declaracion de validez, contenida en el mismo, se limita á lo que se hizo en virtud y conformidad á las leyes y declaraciones sobre desvinculacion, entonces vigentes.

Art. 3.° *Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, cuyo dominio transfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lu-*

crativo se devolverán á los que los adquirieron ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

En ninguno de los dos cuerpos colegisladores suscitó dificultades este artículo, cuya redaccion pareció clara y cuya justicia se creyó evidente. La cédula de 1824 hizo precisa una reparacion: tuviéronla por la ley de 1835 los adquirentes de bienes de Mayorazgo á título oneroso; mas aunque no puedan entrar en parangon con ellos los adquirentes á título lucrativo, ¿era ó no, verdad que tambien estos pudieron sufrir perjuicio? y si le sufrieron, si cuando menos se hallaron defraudados de una legítima esperanza, ¿por qué no indemnizarlos? ¿por qué no completar el pensamiento de la ley del 35 reduciendo si es que no reparando por completo las perturbaciones de la del 24? pues hé aquí lo que procuró hacer el legislador, sin exigir mas que dos condiciones: 1.ª que la traslacion se hubiere hecho con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones: 2.ª que los adquirentes no hubiesen recibido ya su valor ó equivalencia.

Jurisprudencia.—En pleito seguido sobre restitucion de bienes raices y capital de censo dado en dote en 1822, pertenecientes á un Mayorazgo, está declarado por sentencia de 17 de Junio de 1847: 1.°, que las donaciones y cualesquiera otras traslaciones de dominio de bienes vinculados, efectuados desde 1820 á 1823, solo se revalidan cuando se hubieren hecho con los requisitos y formalidades prevenidos en las leyes vigentes; y 2.°, que si la desmembracion del vínculo se hizo bajo la condicion de que no podrian reclamarse como libres en el caso de que volviesen por la ley á recobrar la calidad de vinculados, no puedan reclamarse, toda vez que la condicion está cumplida.

En sentencia de 1.° de Diciembre de 1854 se resuelve: 1.°, que los compradores en la anterior época constitucional, de bienes que fueron vinculados, no tienen derecho á su devolucion, si han recibido ya su valor ó equivalencia; 2.°, que

la adquisicion por parte del comprador del dominio útil de unas fincas determinadas, de que el vendedor le hace entrega para reintegrarle del precio de las ventas, representa la equivalencia de la cosa vendida; 3.°, que mediando avenencia del comprador y vendedor, no tiene aquel mas derecho que exigir su cumplimiento ó reclamar la lesion en mas de la mitad que justifique, como tambien los réditos devengados y no percibidos al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.

Art. 4.° *Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde* 11 *de Octubre de* 1820 *hasta* 1.° *del mismo mes de* 1823, *ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por via de dote, ú otra causa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda.*

Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo.

El ilustrado comentador de esta ley aprueba la no imputacion de los alimentos, al mismo tiempo que reprueba la no completa imputacion de las dotes y de cualquiera otra entrega de la misma especie. Esta observacion es exacta: al discutirse el artículo, preguntaba el Sr. Caneja: «¿Por qué los comprendidos en él no han de abonar el todo, sino solo la mitad? Entiendo, añadia, que el orígen de haberse adoptado esta medida será el que en la ley de vinculaciones del año 20 se dejan libres la mitad de los bienes. Pero yo creo por el contrario, que deben abandonar el todo, porque la ley de 1820 decia que divididos los bienes, cesaba todo el derecho de los mayorazguistas á pedir alimentos ú otras pensiones, porque debian contentarse con sus legítimas; y si estas pensiones ascendian á mas que lo que les correspondia por sus legítimas, y lo han percibido, yo creo que todo lo deben abonar.» Elu-

diendo la respuesta, se dijo: «que la Comision para quitar en este punto toda duda y no dar pretesto á litigios, habia dicho que esta disposicion no se entiende con las cantidades que en virtud de la fundacion ha debido prestar el poseedor al inmediato sucesor, ni tampoco con aquellas otras prestaciones ó pensiones que pudieran haber dado á los otros hermanos, en virtud de la misma fundacion para seguir una carrera.» El punto de vista de la dificultad es mas concreto. ¿No se trata de hacer una compensacion? Pues bien: diremos con el Sr. Pacheco, supuesto que el vinculista devuelve á su hermana la que le correspondiera por la sucesion de 1821; menester es tambien que su hermana le devuelva ó abone la dote entregada en 1828. ¿Por qué ha de abonar solo la mitad, y no el todo de la suma en que consista? ¿Qué contestaba á esto la Comision? Si las pensiones «alimenticias» (segun adicion de otro señor Senador), quedaban escluidas de la disposicion, ¿por qué las otras comprendidas en ella se habian de abonar solo por mitad? No habia otra razon que la indicada por el señor Caneja, la cual, como él decia, era poco concluyente.

Art. 5.° *Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° de igual mes de 1823, con respecto á la enagenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer.*

Si se habian respetado las trasmisiones onerosas ó lucrativas, menos dificultad habia en tener por válidos y subsistentes los contratos que sobre enajenacion ó hipoteca hubiesen celebrado los poseedores, en cuanto á la mitad de los bienes de que con arreglo á la ley podian disponer. En lo mas estaba comprendido lo menos; el artículo es tan claro que no nos admira que pasara sin discusion.

Art. 6.° *Se entregarán á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes del 1.° de Octubre de 1823.*

Hay que atender á los derechos causados durante un período legal, para que no parezca ó parezca ménos violenta esta devolucion, decretada en favor de herederos testamentarios, ó legítimos, ó de legatarios de un poseedor muerto antes de 1.° de Octubre de 1823. En nombre de esta disposicion el vinculista recobró aquellos bienes, pero los recobró á costa de los que en una sucesion abierta, y quizás liquidada, se creian legítimos dueños; la ley que restablecia el estado antiguo, hacia revivir los derechos de estos: ¿podia hacer otra cosa que declarárselos?

ART. 7.° *Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor, ocurrido antes de 1.° de Octubre de 1823.*

El legislador atendió á esta segunda faz que pudieron admitir los bienes desvinculados. Los que por muerte del anterior poseedor habian adquirido el derecho á disponer libremente de la mitad reservada, debian ser en su caso igualmente favorecidos, ya que reconstituidas las vinculaciones habian corrido la misma suerte. Con esta prevision está redactado el artículo, del cual solo se repara la palabra *que anteceden;* cuando en el pensamiento de la ley está que fuesen aplicables á este caso todos los artículos de la ley.

ART. 8.° *Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el real decreto de 1.° de Octubre de 1823 y cédula de 11 de Marzo de 1824, ó entrar en posesion de los que con arreglo á la ley de 11 de Octubre de 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes, producidos desde 1.° de Octubre de 1823 hasta la publicacion de esta ley.*

Si la mente del Gobierno habia sido declinar de la ley el cargo de reaccionaria que por algunos se le hacia, con razon podia invocar el precepto de este artículo, que bajo aquel principio, era un acto de rigurosa justicia, aunque de otra suerte considerado parece un rasgo de generosidad. Los frutos

hubieran podido seguir la suerte del capital, pero fué mas prudente respetar los efectos de una posesion legítima, y no mancharse con el vicio de una reaccion que se criticaba. Tal es la mente, tal es la esplicacion del artículo.

El legislador se desentendió, é hizo bien, del argumento que se le dirigió, alegando que no se debia suponer poseedores de buena fé, ni declarar suyos los frutos á los que retuvieron los bienes desde el año de 1836. En los negocios en que la política está enlazada con la justicia, y cuando la conveniencia pública lo exige, los gobiernos deben partir de consideraciones mas elevadas.

Art. 9.° *Los poseedores en 11 de Octubre de 1820 que fallecieron desde 1.° de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último periodo como vinculados.*

La ley decide por segunda vez hasta dónde se estiende el período del restablecimiento de 1824; ese período no acaba en el año 35, que repara los perjuicios, pero no anula la fuerza de la reaccion de 1.° de Octubre de 1823; acaba con el decreto de 30 de Agosto de 1836, que prescinde de unas leyes por restablecer otras, y que no obstante cualquier defecto de orígen, constituye un nuevo estado de cosas que subsiste hasta nuestros dias. El artículo no es inexacto al declarar que los que fallecieron desde 1.° de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante ese período como vinculados.

Art. 10. *Los que desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de Agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados. Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compra ó cualquier otro contrato, durante el citado periodo desde 11 de Octubre de 1820 á 1.° del mismo mes de 1823.*

Si el artículo no está en contradiccion con el 6.°, como se dijo al discutirse en el Senado, es evidente que se aparta un poco de la regla general, y que no logra su objeto sin causar desigualdades, lo cual hace que no parezca del todo justo. La reflexion del Sr. Pacheco es incontestable. Fallece un vinculista en 1822; divídense en aquella época sus bienes entre sus tres hijos, bienes que recoge el primogénito en 1823; hoy le reclama el segundo los que á él le correspondieron, y tiene que entregarlos porque vive, y el artículo 6.° manda entregar á los herederos testamentarios ó legítimos de los poseedores los bienes que respectivamente les correspondieron de la mitad, mientras que los hijos del tercero, muerto por ejemplo en 1830, no tienen accion para reclamar nada, y quedan sin percibir lo que fué de su padre; porque como dice el 10 comentado, los que sucedieron en bienes que habian sido vinculados y fallecieron desde el 1.° de Octubre de 1823 hasta el 30 de Agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en tales bienes.

Siendo diferentes los casos resueltos por los dos artículos, comprendemos que puedan coexistir sin oposicion: el 6.° manda reintegrar á los herederos testamentarios ó legítimos la herencia de que fueron privados en 1.° de Octubre de 1823. Pero porque estos hayan muerto el 30, y porque en esa fecha ciertamente no pudieran disponer de bienes que ya no tenian por haberse reintegrado á la vinculacion, ¿se dirá que sus hijos, que sus herederos legítimos, sucesores suyos, no porque él los nombre, sino porque la ley los llama, no hayan adquirido su propio derecho, no puedan tenerle para pedir lo que él, si viviera, habria obtenido? Esta es la duda; duda que aun es mayor, puesto que la segunda parte del artículo, á modo de escepcion, declara que esto no se entiende con los herederos de los que hubiesen adquirido bienes vinculados por cualquier otro contrato: ¿cómo se concilia esta distincion con la igualdad establecida entre uno y otro caso, entre uno y otro título por los artículos 2.°, 3.° y 6.°?

Sin embargo, asi se ha entendido la ley, y asi se aplica, como lo acreditan las siguientes resoluciones.

En pleito sobre propiedad de la cuarta parte de un Mayorazgo, por sentencia de 1.° de Febrero de 1860 ser esuelve: 1.°, que no puede menos de entenderse reproducida respecto del inmediato sucesor la condicion del art. 6.° de la ley de 19 de Agosto de 1841 de haber este fallecido antes de 1.° de Octubre de 1823, cuando con arreglo al art. 7.° de la misma ley haya de aplicarse el 6.° á la segunda mitad de bienes que fueron vinculados: 2.°, que la disposicion del art. 10 de dicha ley, se contrae evidentemente á la segunda mitad de los bienes que fueron vinculados y no á la primera: 3.°, que el sucesor de un Mayorazgo, que adquirió la mitad del vínculo por haber muerto el poseedor desde 11 de Octubre de 1820 al 1.° de igual mes de 1823, y falleció despues de ese dia, pero antes del 30 de Agosto de 1836, no trasmitió derecho alguno á adquirir los bienes como libres á los que por sucesion testada ó intestada se consideraban herederos.

En otro sobre particion de bienes está declarado: Que para fijar la condicion de los amayorazgados hay que atender á la época en que falleció el poseedor. Como supuesto de esta sentencia, pronunciada en 19 de Febrero de 1861, se dijo: Considerando, respecto á la condicion de los bienes que posee el demandante, única cuestion del presente recurso, que atendidas las épocas en que fallecieron los antecesores del padre de los litigantes en la posesion de los bienes de que se trata, ni aquellos, ni este, atendido tambien el dia de su muerte, pudieron trasmitir por sucesion testada ó intestada derecho alguno para suceder en dichos bienes, que disfrutaron en concepto de vinculados, y que en el mismo debieron pasar al demandado como hijo primogénito del último poseedor, con arreglo á la terminante disposicion del art. 10 de la ley de 19 de Agosto de 1841.

Art. 11. *Se declaran válidas y susbsistentes las enagenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde* 1.° *de Octubre de* 1823 *hasta* 30 *de Agosto de* 1836 *en virtud de facul-*

tad real y con las formalidades prescritas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre.

El artículo consigna esta declaracion mas que por necesidad, por el deseo de no omitir un requisito apreciado siempre que se trató de vinculaciones. El principio general de la primera parte debia servir de fundamento para la segunda que es la principal. Cuando el producto de las ventas no se empleó en beneficio de la vinculacion, se habia contravenido al supuesto indispensable de la facultad real, justo era que el contraventor y no el inmediato sufriese las consecuencias de una distraccion de fondos, imputándole su importe en la mitad que le correspondia como libre.

Art. 12. *Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enagenaciones de aquellos bienes que especifica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demás bienes de las vinculaciones.*

Faltaba algo en el artículo anterior, y ese algo es la escepcion consignada en el presente, cuya base, cuyo verdadero supuesto le dan sus dos adverbios *especifica* y *determinadamente*: los que no puedan en estos términos pretender una finca, solo tienen derecho á ser indemnizados en otras equivalentes; mas los que se hallaren en aquellas condiciones y con derecho á reclamar fincas determinadas y específicas, las recobrarán, segun dice el artículo, reintegrándose en ellas mismas si las hubiesen adquirido por título oneroso, ó en otras equivalentes si las hubiesen adquirido por título lucrativo.

Analizando estos artículos comprendemos por que se aprobaron casi sin discusion; pueden ofrecer dificultades porque habrá pocas leyes que no las produzcan, pero en lo general

son claros y son justos. La distincion basada sobre la diferencia de los títulos era necesaria: por respetable que sea el título lucrativo, no es tanto como el oneroso: cuando concurren dos del último género, apreciando la antigüedad de la posesion, los efectos de la cédula y los requisitos de la adquisicion hubiérase podido dar preferencia al comprador posterior, pero fué mas natural preferir al otro por su prioridad, pues haciéndose revivir la ley, debian renacer los derechos causados á su sombra. Es exiguo el artículo y puede ofrecer dudas en la parte que dispone como se debe indemnizar á dicho comprador. ¿La indemnizacion ha de ser en metálico ó en fincas? ¿Y de qué bienes si no hubiese otros existentes en las vinculaciones? Como se pueda y del mejor modo posible, contestaremos nosotros, eludiendo todas estas cuestiones, que no habiendo sido previstas por la ley, deben ser resueltas por la equidad.

Art. 13. *Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones, con permuta, subrogacion ú otro título; y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demás que las componian.*

Si la ley consentia la desmembracion de un vínculo por enajenaciones lícitas, debia aprobar los aumentos que hubiera tenido por adquisiciones que tambien lo fuesen. Faltóle al legislador la especificacion del anterior artículo: ¿no podria suceder que la finca permutada debiera ser restituida á un adquirente del año 20 al 23? y si éste prefiriese la misma finca y no la permutada, ¿podrá reclamarla? La distincion del precedente artículo quizás podria ser aplicable á este caso; pero seria mas sencillo respetar los efectos de la permuta, sobre que segun espresion del artículo, los bienes así adquiridos se consideran en el mismo caso que los demás

Art. 14. *Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de Junio de 1835; las ejecutorias dictatadas en su virtud y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.*

Si la ley es derogatoria de las anteriores sin esceptuar la de 9 de Junio de 1835 en lo que sea contrario á sus disposiciones; ni lo es ni podia serlo de negocios consumados, de actos y contratos decididos de una vez para no ser sometidos á nuevos litigios. El artículo es completamente justo.

Art. 15. *Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que deben entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mútuamente con arreglo á derecho, los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.° de Octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.*

La retroaccion hacia indispensable esta consecuencia, y el legislador la aceptó encomendando al derecho general la obra de dirimir las muchas dudas, las muchas cuestiones que ofrece el saber cuál es una verdadera mejora, cuál es un verdadero desperfecto. La palabra mejora, supone el beneficio producido, no la cantidad invertida en producirle, que puede ser menor. Si esta cuestion ocurriese, habria que decidirlas como se deciden todas las de su linaje.

Art. 16. *Los viudos y viudas poseedores de vínculos ó Mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubiesen casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias, que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se expresará en el art. 18.*

El pago de viudedades era con efecto, de uso comun en el sistema vincular: no podia pedirse mas á la ley que el que las conservase tal como habian sido estipuladas en capitulaciones matrimoniales ú otros instrumentos; si poco, poco; si mucho, mucho. La indemnizacion no habia de estenderse á mas que á lo que llegaba la esperanza.

Art. 17. *Los dichos poseedores y en su caso, los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mugeres ó maridos por escritura pública ó por testamento, y en concepto de viudedad hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion han adquirido.*

Este artículo sí que es especial, y debia serlo; pues aquí no tenia cabida el derecho comun que señala la parte de bienes de que pueden disponer los testadores en perjuicio de los herederos forzosos. El poseedor se hallaba por acto espontáneo de la ley, dueño de una fortuna que antes no era suya, en la cual por esta causa tampoco podian confiar los hijos. Lo que parece una carga, es una prevision en beneficiò de estos mismos. El legislador se anticipó á un sentimiento fácil de presumir entre buenos esposos, pero no hizo alarde de generosidad intempestiva, permitiendo únicamente que maridos ó mujeres se pudieran dejar en concepto de viudedad hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion hubiesen adquirido. No se equivoque el caso de este artículo con el del anterior, cuya disposicion es obligacion del Mayorazgo en sí propio, dice el Sr. Pacheco, y en tal concepto trasmisible al inmediato sucesor que ha de satisfacerla de la mitad de los bienes reservados.

Art. 18. *Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.° de Octubre de 1823, y antes del 30 de Agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, menos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminucion se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.*

Aquí tenemos la reduccion indicada en el art. 16, reduccion inevitable, dadas las circunstancias en que se ha de hacer. Las consignaciones de viudedad verificadas desde el 1823 al 1836 eran tan respetables como pudieron serlo las ofrecidas en tiempos los mas favorables á las vinculaciones. Pero si por efecto de la reforma sobrevenida despues de aquella fecha, los bienes de que se deben de satisfacer disminuyen, ¿qué otro recurso queda si no disminuir en igual proporcion la cantidad consignada? Pues eso manda la ley, y eso es lo equitativo, teniendo en cuenta que por dolorosos que sean los efectos de ciertas reformas deben soportarlos aque-

llos á quienes alcanzan: fuera peor que uno solo los sufriese.

Art. 19. *Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.*

Lo mismo, dice el articulo, cuya palabra demuestra que procede en los alimentos igual reduccion y por iguales causas que en las consignaciones de viudedad, segun el anterior de que hemos hablado. Asi debe entenderse para que sea la esplicacion de un nuevo caso, y en ningun modo la derogacion de la doctrina de alimentos, que tambien dejamos espuesta al esplicar la ley del año 1820.

Art. 20. *Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de Junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.*

Articulo 10.

Ley de 19 de Agosto de 1841, sobre Capellanias.

Son en tanto número las leyes sobre desvinculacion, que es de necesidad abreviar lo mas posible su exámen. El que hagamos de la ley de Capellanías, debe ser rápido, pues está en suspenso y pendiente de ulterior arreglo.

Articulo 1.° *Los bienes de las Capellanias colativas, á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, segun los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condicion, ni estado.*

Partíase del supuesto de que tales Capellanias habian producido pocos bienes á la Iglesia y muchos males al Estado, y como los bienes de que constaban se habian desmembrado de las familias, se creyó que debian volver á ellas, pero ya sin consideracion de sexo, ni edad, puesto que caducaba su objeto. No se hizo reparo atendible al artículo, puesto que la naturaleza de las Capellanías está determinada suficientemente

por el nombre colativa, y en cuanto á los bienes, pareció que podia dárseles aquel destino sin esperar al arreglo del clero, como proponia prudentemente el Rdo. Obispo de Córdoba, suponiendo que tales bienes nada tenian que ver con los de la Iglesia.

Art. 2.° *En consecuencia de la anterior disposicion, serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundacion, sean de mejor linea, y entre los de esta, aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente. Cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes, sin distinguir de lineas, ni grados, serán preferidos los mas próximos á los fundadores, ó á los que estos señalasen como tronco.*

No se creyó necesario espresar en el artículo, como pretendia un señor Senador, la condicion de que los parientes estuviesen dentro de los grados designados por el fundador, porque las fundaciones suelen señalar dos casos: uno el de la existencia de parientes hasta el 4.° ó 5.° grado; y otro, cuando los parientes ó no existen, ó están en un grado mas remoto: en cualquiera de ellos, ya está previsto lo que se ha de hacer por tratarse de Capellanías, á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias. Los parientes preferidos son en un caso los de mejor línea, y en esta los de mejor grado: faltando esta base de computacion, si los llamamientos son en general, se prefiere á los mas próximos al fundador ó al que este señalara como tronco.

Art. 3.° *En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las lineas, se dividirán los bienes entre estas con entera igualdad, y la porcion que á cada una corresponda se adjudicará á los individuos existentes de ella en los términos que dispone el artículo antecedente.*

La espectativa se convierte aquí en derecho: como el de ambas lineas es igual, y procede del llamamiento alternativo, las equipara la ley y distribuye entre ellas los bienes para que los disfruten los parientes, á quienes corresponden con sujecion á los artículos anteriores.

Art. 4.° *Cuando solo el patronato activo fuese familiar, se*

adjudicarán tambien los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo.

El artículo no decide el caso de que el patrono no fuera pariente: la adjudicacion no procede sino cuando el patronato activo fuese familiar, claro es que entonces los parientes llamados á ejercerle tienen derecho á los bienes, y si ellos no, ¿quién otro podia reclamarlos?

Art. 5.° *Si en alguna fundacion se dispusiere de los bienes para el caso en que dejare de existir la Capellania, se cumplirá lo determinado en aquella.*

Poca dificultad ofrece el artículo. El fundador se habia anticipado á la ley; justo era respetar lo que él habia previsto, en tanto que no se apartara del pensamiento capital, que era la libertad de dichos bienes.

Art. 6.° *Las disposiciones que preceden tendrán toda su aplicacion á las Capellanias vacantes en la actualidad, y á las demás segun fueren vacando.*

Aunque las Capellanias corrieran la suerte de todas las vinculaciones, ya vemos que no se adoptaron iguales reglas para desamortizar sus bienes. Las disposiciones anteriores son aplicables, segun el artículo, á las Capellanías vacantes ó que vayan vacando, cuyos bienes se pueden pretendery habrán de adjudicar en la forma prevenida.

Art. 7.° *Los poseedores actuales continuarán gozando las Capellanias en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas; pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los articulos anteriores.*

El respeto á los actuales poseedores era indispensable: los capellanes debian seguir usufructuando sus bienes y levantando las cargas con arreglo á la fundacion. Mas como los poseedores pudieran ser de las familias llamadas á su disfrute, y hallarse en los casos previstos en los artículos precedentes, por eso dice que les asiste igual derecho á disponer de los bienes.

Art. 8.° *Los pleitos que sobre Capellanias colativas se hallen pendientes, podrán continuar, y estas proveerse como tales,*

quedando los que lleguen á obtenerlas en el mismo caso que los actuales poseedores.

Eso era natural: la preferencia entre dos ó mas individuos podia hallarse disputada, podia estar en pleito; aquel en cuyo favor se decidiese adquiria el mismo derecho de todos los poseedores; entraba á disponer de los bienes de la Capellania como libres.

Art. 9.° *Los parientes que conforme á los cuatro primeros articulos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.° tuviesen derecho á los bienes de capellanias que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde.*

El articulo se halla en su lugar: la posesion de las capellanias no era lo mismo que el derecho á disfrutar sus bienes; hoy que se habian declarado libres, se iban á adjudicar sin diferencia de sexo, edad, condicion y estado, solo por razon de su preferencia, que habia de decidirse dentro de la fundacion con arreglo á esta ley; si las líneas fuesen alternativas, entre parientes de ambas lineas; si solo el patronato activo era familiar, entre los parientes llamados á ejercerlo. Pues bien: esto se podia pedir; sobre esto cabia litigar independientemente del usufructo, el cual correspondia á los poseedores.

Art. 10. *A los tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley.*

El conocimiento de tales negocios hubiérase podido someter, segun parecer de algun señor Senador, á los juzgados de los pueblos donde se hubieran hecho las fundaciones, pero pareció preferible el medio adoptado, porque se trataba de pedir la propiedad de ciertas fincas, y aun se supuso que el lugar donde radicasen, seria frecuentemente el domicilio de los interesados.

Art. 11. *La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos.*

La ley podia disponer de los bienes de Capellanias, pero en manera alguna desconocer ni alterar los fines de la fundacion, que eran fines piadosos. Los que reciben dichos bienes contraen la obligacion del levantamiento de las cargas civiles y eclesiásticas, aunque ni se necesita ni se les exige mancomunidad.

En conformidad con esta doctrina el art. 39 del Concordato de 1851 dispuso que el Gobierno de S. M., salvo el derecho propio de los prelados diocesanos, dictara las disposiciones necesarias para que aquellos entre quienes se hayan distribuido los bienes de las Capellanias y fundaciones piadosas, aseguren los medios de cumplir las cargas á que dichos bienes estuviesen afectos.

Estado actual.—El real decreto de 30 de Abril de 1852 derogó la citada ley de Agosto de 1841, retrotrayendo los efectos de la derogacion al 17 de Octubre del año anterior, fecha de la publicacion del Concordato. En su consecuencia se declararon subsistentes las Capellanias colativas de patronato activo ó pasivo de sangre, vacantes ó no á la sazon, cuyos bienes no se hubiesen adjudicado judicialmente á las familias respectivas, ó para cuya adjudicacion no hubiese juicio pendiente antes del dicho dia 17. Tambien se dispuso que estas Capellanias volvieran á servir de título de ordenacion, siempre que fueren cóngruas. Pero este decreto no tuvo larga duracion, pues fué derogado por el de 6 de Febrero de 1855, cuya parte dispositiva es la siguiente:

ARTÍCULO 1.° *Se declaran en su fuerza y vigor la ley de* 19 *de Agosto de* 1841 *sobre Capellanias de sangre, y las demás disposiciones relativas á fundaciones piadosas familiares, que fueron derogadas por mi real decreto de* 30 *de Abril de* 1852.

ART. 2.° *Se declaran legítimos los derechos adquiridos en virtud del citado real decreto por sentencia definitiva, pronunciada ó que se pronuncie en los juicios incoados ante tribunal competente.*

Con posterioridad se publicó la ley de 15 de Junio de 1856, aclaratoria de la de 19 de Agosto de 1841, pero todo lo vino

á dejar en suspenso el real decreto de 28 de Noviembre de 1856, que dice asi:

Articulo 1.° *Se suspenden los efectos del real decreto de 6 de Febrero de 1855, por el que se restableció la ley de 19 de Agosto de 1841 sobre Capellanias colativas de patronato familiar activo ó pasivo, y demás fundaciones piadosas de igual clase.*

Art. 2.° *Quedan en suspenso los juicios y reclamaciones que pendan ante los tribunales civiles y eclesiásticos, asi respecto de la division y secularizacion de los bienes comprendidos en dichas fundaciones y Capellanias, como sobre el derecho á suceder en ellas, y hasta nueva providencia no se admitirán en lo sucesivo demandas de esta clase.*

Jurisprudencia.—Una sentencia de 19 de Abril de 1850 declara: Que en las Capellanias colativas, como no se sucede por derecho de representacion, son de mejor derecho en una misma línea los parientes mas próximos.

Otra de 18 de Marzo de 1859 resuelve: Que lo establecido en el art. 1.°, así como en el 2.° y 9.° de la ley de 19 de Agosto de 1841, se entiende al hacerse la adjudicacion prevenida, sin perjudicar los derechos que se controviertan en juicio contradictorio, para el cual no señaló aquella plazo ninguno.

Otra de 9 de Abril de 1859 declara: Que en 11 de Diciembre de 1838 no podian fundarse Capellanias: que la disposicion de fundar para un caso eventual, no constituye la fundacion de una Capellania colativa, y que llegado el caso previsto, si hay entonces imposibilidad legal para fundar, se restituyen los bienes á la condicion de libres.

Otra de 9 de Noviembre del mismo año, que dicha ley no prohibe la celebracion de los contratos que les convengan á los que tienen derecho á los bienes de Capellania.

Otra de 22 de Junio de 1860 declara: Que desamortizados y adjudicados los bienes de una Capellania de sangre por ejecutoria dictada en tiempo, y conforme á la ley de desvinculacion de 29 de Junio de 1821, la accion reivindi-

cátoria que se ejercite despues sobre los mismos, no puede tener su origen en la ley de 19 de Agosto de 1841 y disposiciones posteriores, sino en el mejor derecho de que el demandante se crea asistido, como pariente mas próximo ó llamado preferentemente á su posesion. Que ni el Concordato de 1851, ni el Real decreto de 13 de Octubre de 1856, por el cual quedaron sin efecto todas las disposiciones que de algun modo alterasen ó variasen lo convenido en aquel, no comprendieron, ni era posible comprendieran las ejecutorias de los Tribunales. Que el decreto de Córtes de 29 de Abril de 1837, que restituyó su fuerza y vigor á las ejecutorias pronunciadas desde 7 de Marzo de 1820 hasta 30 de Setiembre de 1823, se limitó á fijar un principio de derecho y órden público; pero sin alterar en el órden civil las disposiciones legales que establecen el valor de la cosa juzgada, respecto de los que no han litigado ó no han comparecido en el juicio.

Otra de 14 de Mayo de 1861 declara: Que cuando por la fundacion de una Capellanía laical son llamados al patronato activo los hijos y descendientes de mayor en mayor, prefiriendo el varon á la hembra, y guardando entre aquellos el órden de primogenitura, estos llamamientos y órden de suceder constituyen una vinculacion regular para ejercer dicho patronato; y que en estas fundaciones, la mujer, por la sola circunstancia de ser de mayor edad, no debe ser preferida al varon para suceder en la mitad reservable, puesto que por la naturaleza de la institucion está tambien escluida del patronato pasivo; y que la sentencia que así lo declara se ajusta á la fundacion, que es la ley en la materia.

Otra de 28 de Junio de 1861 establece: Que la ley de 19 de Agosto de 1841 adjudica los bienes de Capellanías colativas familiares á los individuos de preferente parentesco, segun los llamamientos, sin establecer distinta representacion para suceder que la que admite el derecho comun: que las adjudicaciones de bienes vinculados y de capellanías, se han considerado siempre hechas sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Otra de 24 de Octubre de 1861 resuelve: Que cuando en la cláusula de fundacion de una Capellanía, se autoriza al patrono para remover á los cumplidores de ella sin intervencion de la autoridad eclesiástica, se constituye un mero patronato laical, comprendido por lo tanto, en la desamortizacion del art. 1.° de la ley de 11 de Octubre de 1820. Que la sentencia declarando subsistente una fundacion de esta clase, y mandando poner sus bienes en administracion, infringe dicho art. 1.°; que tambien se infringe el art. 5.° de la misma ley cuando se reclama la adjudicacion de bienes de una Capellanía laical en concepto de libres, y la sentencia no resuelve cosa alguna sobre este estremo.

En otra de 6 de Noviembre de 1861 se declara: Que ningun derecho puede trasmitir relativamente á los bienes de una Capellanía colativa el que nunca la poseyó, ni despues de la promulgacion de la ley de 19 de Agosto de 1841, hizo gestion alguna para que se le declarase el derecho á dichos bienes.

Otra de 28 de Diciembre de 1861 resuelve: Que el Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, que suspendió los efectos del 5 de Febrero de 1855, se refiere únicamente á las Capellanías colativas y demas fundaciones piadosas de igual clase, y no á las Capellanías laicales.

Otra de 13 de Marzo de 1862 establece: Que conferida á una persona, prévia la institucion canónica, la posesion de una Capellanía con los frutos y rentas producidos desde la vacante, el poseedor puede dirigir legítimamente su accion contra los que hayan disfrutado dichas rentas durante la vacante.

§ I.

Del retracto y del tanteo.

Artículo 1.°

Naturaleza del retracto y sus especies.

El título XIII, del libro X de la Nov. Recop. comprende bajo la misma série de leyes el retracto y el tanteo, quizás

por su analogía que ha sido causa de que alguna vez se hayan confundido. Hay no obstante entre ellos alguna diferencia como aparece por su misma definicion.

Es el tanteo la facultad de adquirir por el precio una cosa con preferencia á cualquier otro comprador. El retracto se estiende á mas: consiste en el derecho de ciertas personas para rescindir la venta, subrogarse en lugar del comprador y con esclusion del mismo, adquirir la finca en el precio estipulado siempre que esto se verifique en el tiempo y bajo las condiciones marcadas por la ley.

No sin motivo el título antes citado habla en singular del tanteo y en plural de los retractos: la causa del tanteo siempre es la misma: los retractos reconocen distinto origen y son de varias especies: 1.° el gentilicio, de sangre ó de abolengo: 2.° el superficiario ó de nuda propiedad: 3.° el de condueños: 4.° el convencional.

El gentilicio corresponde á los mas próximos parientes dentro del cuarto grado del vendedor, para adquirir con esclusion de un comprador estraño bienes raices que por herencia recibió de patrimonio ó abolengo, siempre que concurra en término de nueve dias, consigne el precio, y los solicite para sí.

El de dominio menos pleno: es un derecho en cuya virtud lo mismo el señor directo que el superficiario, pueden consolidar su propiedad, adquiriendo su respectivo dominio con preferencia y por el precio de otro comprador sin esceptuar los parientes.

El de condueños es el que, mientras la cosa esté pro indiviso, les corresponde para readquirirla á prorata de su parte dando el precio ofrecido por otro comprador.

El de retroventa ó convencional compete al vendedor que por pacto espreso se reserva el derecho de readquirir en cierto tiempo y mediante las condiciones estipuladas, la cosa vendida.

Vamos á ocuparnos de los primeros que son una especialidad en el derecho: el último no corresponde á este sitio por ser un pacto, que como los demás permitidos por la ley, puede modificar el contrato de compra y venta.

Artículo 2.°

Antigüedad del retracto.

Es raro que cuente tanta antigüedad un remedio combatido hoy por inútil ó por dañoso. Su origen se encuentra en las siguientes palabras del Levítico, cap. 25, ver. 25. *Si attenuatus frater tuus vendiderit possesiumculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest reddimere quod ille vendiderat.* Si se desea conocer su filosofía, no hay mas que recordar las palabras de Moisés al establecerle: «la tierra no se venderá tampoco para siempre, porque una es y vosotros sois estranjeros y colonos mios» versículo 23. Los sagrados espositores dicen que, mediante este arreglo, no se podian confundir las tribus y las familias. Se ponia un limite á la codicia de los ricos, y se alentaba al pobre con la esperanza de recobrar lo que vendia estrechado por la miseria. Así se conservaba entre los judíos cierto equilibrio que impedia sentir el ódio de malas pasiones, y se conseguia por último apartar su corazon de las cosas caducas de la tierra, haciéndoles conocer que todo aquello no era suyo, sino de Dios; que no eran mas que unos estranjeros que tenian como arrendadas y de paso aquellas posesiones.

Conocióse tambien en Roma el retracto introducido, segun Godofredo, por Constantino á ejemplo de la ley hebrea; pero fué de corta duracion, como se acredita por la ley 14, tít. XXXVIII, lib. IV del Código, dada el año 391 en tiempo de los Emperadores Valentiniano y del gran Teodosio; *dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed quia gravis hæc videtur injuria, quæ inani honestitatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti: superiore lege cassata, unusquisque suo arbitratu quærere, vel probare possit emptorem: nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.* Los Emperadores dicen que se habia concedido á los parientes y condominos que pudieran escluir á los estraños de la venta de los bienes; y considerando que se hacia una grande injuria en coartar la libre disposicion de las co-

sas, restituian á los dueños la facultad de venderlas á quien les pareciese.

Natural era que respetase cualquiera escepcion, pues segun otros testimonios de aquel derecho habia casos reconocidos de preferencia: la ley única del C. *non licere habitatoribus*, disponia que no les fuera permitido á los habitantes de las Metrocomias, que eran las cabezas de partido de los barrios comprendidos en ellas, enajenar las tierras que se les habian asignado sino á sus convecinos, rescindiéndose el contrato si la venta se habia hecho á persona estraña.

La ley 3.ª, C. de *jure emphiteutico* establece nu derecho análogo, disponiendo que antes de ejecutar la venta, el enfiteuta hubiese de obtener consentimiento del señor del dominio directo, señalándole el espacio de dos meses para prestarlo ó entregar al enfiteuta el precio que otro le daba por las mejoras ó enfitéusis.

Mas todavía: en la ley 15, tít. V, lib. XLII Dig., el jurisconsulto Gayo afirma que cuando se venden por disposicion del juez los bienes de un deudor en concurrencia con un estraño, es preferido el acreedor ó pariente del vendedor, y entre estos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores, el que lo fuese de mayor suma.

Finalmente, la ley 75 Dig. *de contrahendo emptione*, permitia al vendedor de una cosa pactar y convenirse con el comprador, que en el supuesto de venderla, fuera preferido á cualquier otro el primer vendedor. Completaremos esta reseña con una observacion. Prueban los anteriores testimonios la preferencia de ciertas personas en las enajenaciones, mas ignórase la clase de preferencia, pues mejor podia ser el tanteo que el retracto. Los autores discrepan al decidir esta cuestion. La ley antes citada del Código *non licere habitatoribus* dispone que la venta hecha á un estraño de las tierras de las Metrocomias se rescinda devolviendo el precio al comprador: Heinecio opina que el derecho concedido por esta ley á los convecinos es el de retracto; el mismo que supone tener el señor directo en virtud de la ley última del C. de *jure emphiteutico*

en la venta de las mejoras y enfitéusis. Como esta prerogativa es opuesta á la libertad de la contratacion, otros sostienen la opinion contraria impugnando á Heinecio con las palabras de la misma ley en que él se apoya. Dicen que la primera de estas disposiciones se limita á declarar la rescision del contrato, mas no espresa si la rescision se hacia en favor del convecino que quisiera comprar la cosa vendida. La segunda es *contraproducentem*, pues el remedio era inútil una vez que la ley declaraba nula la venta que sin noticia y conocimiento del dueño hiciera el enfiteuta; de donde deducen que en ninguna de las dos leyes que pudieran citarse como fundamento de la escepcion puesta por Justiniano á la ley de *contrahenda emptione* se concede el derecho ó beneficio legal del retracto: el convencional es cosa aparte; de ese pacto unido alguna vez al contrato de compra-venta se ocupan otras leyes, señaladamente la 75 del Dig. de *contrahenda emptione.*

Nosotros solo decimos que la escepcion y la regla hablan del mismo derecho: estraño seria en verdad que la una aboliese uno y que la otra concediese otro. No sostendremos que el Emperador por su reserva aludiese á las leyes que se citan; pero tampoco seria un error afirmarlo así, pues el legislador termina con estas palabras: «derogada la anterior ley cada uno puede á su arbitrio buscar ó probar comprador á no ser aquellas personas á quienes la ley prohibiese especialmente hacerlo.» Pues bien, los habitantes de las Metrocomias, los enfiteutas se hallaban en este caso. Heinecio se pudo equivocar, pero discurria con lógica. El error consiste en haber usado con poca propiedad una palabra técnica: ¿concedia la ley el retracto? Cada uno es dueño de elegir la opinion que mas le acomode, pues para el objeto con que nosotros las recordamos cualquiera de ellas nos ofrece iguales resultados.

Hay en aquella legislacion ligeros vestigios de este sistema; pero sin que tuviese, porque no podia tener, condiciones de vida. Aquel pueblo era celoso de la contratacion, casi nimio en respetar la cosa convenida y no podia admitir las ventajas de un recurso que era en boca de la ley: *injuria*

inanæ honestitatis colore velata. El retracto desapareció como costumbre, pero se conservó su memoria para renacer algun dia, porque todo vuelve en el mundo, si la necesidad lo exige. El retracto ha sido una institucion muy generalizada: no nos resolvemos á creer que haya podido existir sin una causa.

Artículo 3.°

Origen probable del retracto en la edad media.

Acometemos una tarea difícil: tal nos lo parece hallar la razon filosófica de esta institucion cuando otros escritores no lo han conseguido, y uno de los mas eminentes abandona el problema, casi persuadido de que faltan términos precisos para resolverle.

Sabido es con qué empeño procuró indagar el autor del *Espíritu de las Leyes* el orígen y el desarrollo de las principales instituciones. Pues bien, Montesquieu se dá por vencido: la última palabra de su obra que abunda en datos y en apreciaciones, es la espresion de una duda acerca del retracto. «Es inútil decir que el retracto familiar que se funda en las antiguas relaciones de parentesco *y que es un misterio de la jurisprudencia francesa que no me ha sido posible esclarecer*, no puede tener lugar en cuanto á los feudos hasta despues de establecida su perpetuidad» *(Cap, 34, lib. XXXI.)*.

¿Lo que Montesquieu llama un misterio de aquel derecho, podrá tener esplicacion en el nuestro? El retracto es institucion antigua en España; y de las mas populares, á juzgar por su origen y por su estension: ¿será posible que exista sin que se pueda encontrar la causa y la razon de su existencia?

En nuestro humilde entender, el retracto tiene una relacion directa y natural con el estado de la propiedad en su tiempo. Los autores consideran el retracto como una derivacion del sistema de troncalidad, y dicen que se introdujo para que permaneciesen en cada familia sus bienes patrimoniales

y evitar asi la acumulacion de las riquezas. ¿Y cuál fué, preguntamos nosotros, el origen de la troncalidad? ¿Qué circunstancias hicieron preciso conservar á cada familia sus bienes? ¿Por qué se temia la acumulacion de las riquezas en pocas manos? Los hechos responden con mas precision que los principios á estas preguntas.

Durante la dominacion del Fuego-Juzgo, ni se conoció ni hubo motivo particular que hiciese nacer el retracto. La regla es antes que las escepciones, y no habia para qué limitar un derecho que debia parecer tanto mas útil, cuanto mas libre y desembarazado. ¿Pero podia prevalecer el mismo principio en la legislacion foral? No: el derecho debia modificarse porque el estado social era diferente. La reseña histórica de la propiedad viene en apoyo de esta diferencia. La propiedad adquirió un carácter marcado de feudalismo, y un rasgo es, aunque imperfecto, de ese carácter, el retracto: si ciertas clases fundaban sobre la riqueza su engrandecimiento, razon era impedir á toda costa que la pobreza ocasionase la humillacion de las otras: ya que el feudalismo era el privilegio de pocos, convenia buscarle un contrapeso en el retracto, como derecho de todos. La situacion era crítica; la España un campamento; el Estado, un estado de guerra permanente; en tales circunstancias, fomentar la propiedad, era impulsar la reconquistas; conservar los bienes de las familias, era inflamar su ardor guerrero; pues como dice Xenofonte, defender su propia casa da mucho valor.

Porque hoy podamos pasarnos sin el retracto, no hemos de negar que fuese necesario en su tiempo: los sucesos mas estraordinarios hallan su justificacion en la historia, y como acabamos de decir, la de la propiedad y la del retracto se enlazan. No hay escritor medianamente imparcial que no lo reconozca. El Dr. Marina dice: »luego que nuestros legisladores consiguieron asegurar las propiedades, fijarlas en las familias y afianzar su patrimonio, trataron de darle estabilidad y precaver que por ningun motivo llegase á menoscabarse, disminuirse ó enajenarse: aspiraban á eternizar las familias y sus

haberes y caudales, objetos especialmente unidos y enlazados: este conato tan difícil y complicado, produjo multitud de leyes sábias, dignas de consideracion aun en el siglo XIX» (232). Entre esas leyes, cuenta la que autorizó el derecho de tanteo y retracto á favor de los parientes, prefiriéndolos por el tanto á otros estraños en las ventas que los suyos hiciesen de sus bienes y heredades; ley general en nuestra antigua jurisprudencia.

Averiguado el orígen, y aun dada la razon del retracto, veamos ahora su desarrollo histórico-jurídico.

Artículo 4.°

Exámen de la legislacion foral acerca del retracto.

La ley mas completa es la siguiente del Fuero de Baeza, tomada del de Cuenca, copiada en la esencia en todos los fueros, y que se observó constantemente en los reinos de Leon y Castilla, hasta la publicacion de las Partidas. [1]*Qualquier que alguna cosa vendiere ó comprare, si quier mueble, si quier raiz, firme sea è vala, fuera ende á los monges; asi que ninguno non se pueda repentir despues que mercaren.* [2]*Empero aquel que raiz alguna quisiere vender fágala pregonar tres dias en la villa, é estonce si alguno de sus parientes la quisiere comprar, cómprela por cuanto aquel que maes cara la quisiere comprar.* [3]*E los tres dias pasados véndala á quien el maes quisiere: é el mercado fecho ninguno non se puede repentir.* [4]*E si por ventura non la ficiere pregonar y la vendiere, los parientes del vendedor, non pueden por esto demandar al comprador, mas al vendedor solamente, porque vendió la raiz escondidamente non lo sabiendo los parientes. Onde por fuero ha á dar tanta raiz é tal, é por tanto cuanto la otra vendió.* [5]*Más si pregonada fuere cuemo dicho es, non ha de responder por ella á ninguno.*

La ley consigna el principio general, declarando válida la venta de cosa, raiz ó mueble. Mas siendo raiz, manda que se anuncie tres dias en la villa por si algun pariente quisiera

tantearla, que seria preferido con tal que diese tanto *quanto, ille qui carius emere voluerit.* Este anuncio público y el derecho concedido por él al pariente, hacia innecesario el retracto, y aun es de admirar el remedio que concede la ley, si se hubiere procedido con fraude. Si se hubiese vendido la raiz escondidamente, el comprador no debia ser inquietado, lo cual se haria sin duda, en beneficio de la contratacion; pero el vendedor estaba obligado por fuero á dar *tanta raiz é tal, é por tanto cuanto la otra vendió.*

No obstante, lo dispuesto en esta ley, el término mas comun en los fueros para ejercitar el retracto, era el de nueve dias.

El Fuero de Zamora dice: *padre ó madre, abolo ó abola, que heredade hobieren á vender, quanto uno é otro dier por ela, fillos ó fillas, ó nietos é nietas, la tomen si quisieren, é paguen hasta nueve dias.*

Fuero de Alcalá.—*Ningun home que vendiere sua heredad, tanto por tanto el pariente lo haya si lo demandare á nueve dias. Todo home que heredad comprare, é hasta nueve dias non ye lo sacare parient, que sea en la vecindad de Alcalá ó de so término, despues de nueve dias pasados nol recuda.*

Pasado este término cesaba este derecho, como no fuese que el vendedor no hubiere notificado la venta ó la hubiere verificado á ocultas; sobre esto son notables los Fueros de Cáceres, de Zamora y de Salamanca, cuyas disposiciones debemos recordar, porque determinan otras particularidades del retracto y señalan término de uno y seis años para ejercitarle.

Fuero de Cáceres.—*Todo home que quisier su heredad vender, dicat primun parentibus suis, quibus sua bona debet hereditare; et quantum alius dederit pro illis, parentibus vendat, si ea voluerint; et si alii vendiderunt ea, et parentes sui ante scire non fecit, saquet illa quomodo vult, et det ea parentibus suis; et si potuerit firmare quod fecit illis testigos, quod volebat hereditatem suam vendere, et noluerunt illi comprare, vendat eam cui voluerit; et si parentes voluerint eam emere, páguenlo fasta*

nueve dias el tercio, y el otro tercio á los nueve dias, et á los otros nueve el otro tercio; et si á estos plazos non pagare, teneat quod tenet, et vendat hereditatem cui voluerit.

Esta ley conviene con todas en cuanto á exigir que el vendedor anuncie la venta á los parientes y obligarle á retraer la cosa del comprador; mas, es particular en lo que sigue, pues, si no lo hace el vendedor que pudiera probar por testigos que habia noticiado la venta á los parientes, queda en libertad de venderla á cualquiera; si los parientes desearan adquirir la finca, podrian hacerlo, pagando su importe en tres plazos, de nueve en nueve dias, hasta veinte y siete.

Fuero de Zamora.—*Este pleito se entiende por las heredades que home ha de su patrimonio. E si la heredade vendiren en otra parte, é pasar un año é fuere enna tierra, el non la temptar por prinda ó por juicio, non responda de ella.* Limitase este beneficio á heredades de patrimonio, y da un año de término para ejercitarle, si la venta se hiciese fuera del domicilio ó en otra parte.

El *Fuero de Salamanca* amplió el plazo hasta seis años.—*Todo home qui vendier heredade, faga afruentas á sus parientes que han á heredar... é los parientes que hobieren rancura de la heredade, é hasta seis años non la demandaren, non les responda con ella.*

Fuero Viejo.—Lib. IV, tit. I, ley 2.ª—*Ninguna eredat non se debe vender de noche, nin de dia á puertas cerradas. E la vendida que ansi fuer fecha, non puede toller suo derecho al pariente, ó á quien pertenesce la eredad por razon del patrimonio, ó del abolengo, maguer quel cambio sea fecho.* La venta oculta de una heredad no priva al pariente del derecho de retracto, si la heredad fuere de patrimonio ó abolengo, aunque el *cambio* estuviese ya hecho; cuya frase es en verdad mas científica de lo que pudiera esperarse en aquel código.

Ley 3.ª—*Todo home que vende sua eredat, que á de patrimonio, ó de abolengo, é vinier otro suo pariente, é dis: yo me la quiero la eredad tanto por tanto, que á mi pertenesce, si camino de pasada ovier dado el comprador, é pagados los dine-*

ros, non la puede aver el pariente; mas si camino non ovier dado el comprador, maguer carta haya fecha, é el comprador oviese pagado á este atal, é viniese el pariente mostrando el aver derecho, é contándolo delante testigos, debe aver la eredat jurando que para si quier la eredat é non para otro ome ninguno; é si el pariente podier venir ante del camino á dar el camino, é los sueldos, puede aver la eredat.

Segun esta ley no procede el retracto cuando el comprador hubiese adquirido la heredad con las condiciones que espresa, alguna de las cuales por cierto es de dudosa inteligencia. La frase *camino de pasada*, significa en opinion de algunos arra ó señal; pero el contesto de la ley denota mas bien la entrega de la carta de aceptacion ó de otra cosa con que el comprador ratificaba el contrato. A pesar de nuestras diligencias no hemos tenido la fortuna de averiguar el significado de esa cláusula, y como no sea, que casi nos lo tememos, alguna mala inteligencia de los Doctores Aso y de Manuel, debe referirse á alguna señal particular, pues aparte de esa formalidad, habla de *carta fecha é pagados los dineros*. Faltando dicho requisito, el pariente adquiriria la finca dando el precio ante testigos y jurando que la queria para si y no para otro.

Ley 4.ª—*Si un home vende eredat á otro home, é la venta fuer fecha en cementerio de igresia, que vala; mas si vinier algun pariente, é la demandare fásta nueve dias, dando lo que costó, puédela aver por la pasada, que non puede aver el ementerio nin la igresia.*

Alude á la costumbre, general en aquel tiempo, de celebrarse los actos y contratos á presencia del concejo ó del pueblo, que solia reunirse en determinados dias en los cementerios inmediatos á las iglesias. Mas duda nos ofrecerian las últimas palabras de la ley si tuviéramos precision de esplicarlas. Podrá ser que impongan una prohibicion: ¿pero á qué fin había de adquirir el cementerio los bienes? Hay noticias curiosas en este libro, pero cada vez nos persuadimos mas de la conveniencia de que los críticos nos den resuelta la cuestion acerca de su autenticidad y carácter.

Fuero Real.—La ley 13, tít. X, lib. III, puesta al frente de todas las del retracto basta para demostrar la autoridad de este código sobre la materia: autoridad que ya le reconoció el libro del Estilo que dice:

En tierra de Leon las heredades, é las otras raices que vienen de patrimonio, ó de abolengo, y las vende aquel cuyas son, y viene el pariente mas cercano, á quien fué fecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quiérela sacar: y esto se libra en tierra de Leon, por Fuero de las leyes tambien como en Castilla (ley 230).

§ II.

Esposicion crítica de las leyes sobre el retracto.

Artículo 1.º

Leyes sobre el retracto gentilicio.

Libro X, tít XIII, Nov. Rec.—*Modo de verificar el retracto.*—Ley 1.ª (13 tít. X, lib. III, F. R.)—[1] *Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender; y alguno de aquel abolengo la quiere comprar tanto por tanto, hágala él antes que otro alguno:* [2] *y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanlo entre si;* [3] *y si no fueren en igual grado, hágala el mas propincuo;* [4] *mas si antes que la heredad fuere vendida, no viniere el mas propincuo á la retraer, y despues que fuere vendida, hasta nueve dias viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, háyala;* [5] *y si el pariente mas propincuo no la quisiere demandar, otro pariente no la puede demandar;* [6] *y si el mas propincuo no fuere en el lugar, puédela demandar otro de su linaje;* [7] *mas si la quisiere por otra heredad trocar no le pueda ningun pariente contradecir:* [8] *y aquel pariente que quiere la heredad que es á otro vendida, dé el precio que costó, y jure que la quiere para si, y que no lo hace por otro engaño.*

Las anteriores declaraciones ponen de manifiesto la razon

que hemos tenido para llamar fundamental esta ley, lo es porque constituye la base del retracto, y porque ha sido el punto capital de todas las reformas. Ceñido el comentario á los capítulos que contiene, sin contar las alteraciones, motivo de leyes especiales que esplicaremos sucesivamente, su doctrina es sencilla: combinado el primero con el último, se vé que el beneficio establecido tenia lugar en el contrato de compra, pero no en el de permuta.

Otros capítulos fijan el órden de preferencia: asi por ejemplo, de este derecho no puede usar sino el pariente de *aquel abolengo*; si fueren dos del mismo grado, *pártanlo entre sí*, si de distinto grado el mas propincuo; la limitacion era notable, pues declara en quinto lugar, que si él pariente mas próximo no la quiere demandar, otro pariente no podia hacerlo, sin mas escepcion, segun espresa despues, que la de que dicho pariente mas próximo no estuviese en el lugar. Pone finalmente por condicion para gozar del retracto, que el pariente dé el precio que costó y jure que la quiere para sí, y no procede de malicia ó por otro engaño.

Tenemos analizada la ley, vamos á esplicarla con la posible brevedad, no imitando á Matienzo que la dedica siete largas glosas. Hacemos el recuerdo con objeto de que los lectores sepan donde han de acudir, si desean completar el vacío de esta parte de nuestra obra. Primer punto: el retracto gentilicio no procede en los bienes muebles; para evitar cuestiones, añadiremos que sean de la clase que quiera: tal es la opinion de Montalvo y de Matienzo etc., si motivo puede ser de opinion una cosa decidida por las leyes: ninguna de las que hasta ahora hemos examinado, emplea otra palabra que *heredad*, dispensándonos mediante esta regla, aunque con sentimiento, de seguir á Matienzo que analiza todas las cosas y todos los derechos á fin de decidir si están ó no sujetos al retracto.

La siguiente condicion es que la cosa provenga de patrimonio ó de abolengo; no es menester que reuna los dos títulos: pudiera hacerlo creer asi ver que la ley habla de uno y

otro, que luego añade: *si home de aquel abolengo la quisiere comprar*; pero la diccion es alternativa y por mas que se alegue la odiosidad del retracto y la necesidad de restringir las leyes que le conceden, semejante reflexion no desvirtua su sentido. Por patrimonio, tomada esta palabra en su acepcion general como la usa la ley, entendemos lo adquirido por sucesion de padres ó mayores: *quod à patribus et aliis majoribus ex successione accepimus*: definicion confirmada por autoridades de Ciceron, Ulpiano y otros escritores que cita Matienzo en el núm. 51, glos. 1.ª Antonio Gomez analiza esta duda en el núm. 3 del comentario á la ley 75 de Toro, y aunque conviniendo en que la razon de la ley obra mas de lleno si concurren ambos requisitos, dice que basta uno solo; *nam si quis habuit et possedit rem propriam usque ad mortem, et reliquit in sua hereditate et patrimonio, habet locum retractus.*

No procede el retracto en la permuta; las palabras de la ley *mas si la quisiera por otra heredad rocar no le puede ningun pariente contradecir*, constituyen una terminante escepcion de la regla. De esta suerte acabaron las cuestiones que antes promovian los autores estendiendo el retracto de un caso en otro, por solo la razon de analogía. Pero tampoco han de restringirse sus términos de modo que sea posible el fraude. Como dice Matienzo tratando de este caso especial en la glosa 10: hay que atender al ánimo de los contrayentes para calificar la naturaleza de un contrato que puede haberse celebrado con simulacion: *retractui locus erit in permutatione in fraudem retractus facta.* (núm. 9).

Gomez, en el núm. 20 de la ley 70 de Toro, se propone la cuestion, si tendrá lugar el retracto en la dacion en paga: contesta que aunque parece que no, porque verdadera y propiamente no es venta y asi lo afirman algunos, él cree lo contrario; porque la dacion en paga tiene fuerza de compra-venta y porque de otra suerte sin mas que cambiar el nombre se haria fácilmente inútil el retracto. Son del mismo parecer Matienzo en la glosa 7.ª desde los números 1.º al 12, y Acevedo en el número 72, pero espresando, como es natural, que en tanto

se dice que la solucion en paga tiene fuerza de compra-venta en cuanto se da especie por cantidad: *quoties datur species pro quantitate.*

De la limitacion de la ley se deduce por último un argumento contra la opinion de Gomez, Sala y otros autores que fundan el retracto en el cariño é interés que inspiran las cosas pertenecientes á la familia.

Es tambien reparable la graduacion establecida por la ley: en el derecho de retracto no tiene lugar lo que los romanos llamaron edicto sucesorio; por manera que no queriendo retraer el pariente mas propincuo quedaba firme la venta, sin que pasara el derecho al siguiente en grado, como no fuese que el mas próximo pariente se hallase ausente del lugar del contrato. Semejante restriccion era insostenible: si el retracto era un beneficio, necesario era ampliarle á mas personas, como tuvo que hacerlo la ley 73 de Toro. Tantas limitaciones han dado márgen á que se le tenga por odioso. Si en esta parte hubo que corregir la ley, en otras hubo que declararla: llama al pariente mas propincuo, pero no dice que la proximidad se considera con respecto al vendedor.

Concurriendo dos parientes de igual grado á retraer la cosa, debian partirla entre sí. Tampoco esta cláusula ha dejado de ofrecer sus cuestiones. La declaracion procede en el supuesto de que la cosa sea partible: ¿qué medio se empleará si no lo fuere? Contestando Acevedo á esta pregunta dice: Parece que lo natural seria echarlo á la suerte, que es el partido estremo y único en las cosas dudosas y ambiguas; pero el juicio por suerte solo es legítimo en los casos espresos en el Derecho: adjudicarla á uno bajo la garantía ó con la cautela de que en el caso de haber consanguíneos del mismo grado haya de reservarles su parte, como proponen algunos autores, entre otros Antonio Gomez en el capítulo X, tomo II, *Varias Resoluciones*, pág. 222, 2.ª col., ver. *pulchrum dubium*, le parece medio inseguro, por lo cual es de opinion, en la que resultan conformes Castillo y Palacios Rubios, que se llame á licitacion y se adjudique á quien mas ofrezca: *Ideo plus placet quod inter eos*

deveniatur ad licitationem, et plus offerenti detur. (Núm. 15). Si uno solo acudiere á retraer, la llevará toda, aunque sea divisible, no pudiéndosele obligar á que requiera á los otros, ni á que dé fiador. Mas si compareciesen dentro del término, aunque fuese despues de verificado el retracto, cree el citado autor que todavía serian admitidos, obteniendo cada uno la parte correspondiente del que primero retrajo. En los números 47 y siguientes dice: El requerimiento de los parientes no está prevenido por la ley; pero en cambio no se les puede negar el derecho á usar de su beneficio si aprovechan los dias que tienen señalados para ejercitarle. Sala, que se hace cargo de esta doctrina, la sigue tambien, segun puede verse en el númro 6, tít. XI, lib. II, *Der. R.*

Suscítase nueva duda: el doble vínculo de parentesco, ¿da prelacion entre los que están en igual grado? Matienzo contesta afirmativamente, pues en su opinion *Idem per omnia servare quæ in successione ab intestato* (Núm. 5, glosa 4.ª, tít. II, lib. V). Sala niega que esa cualidad dé título alguno de preferencia: alega dos razones: primera, que la presuncion no es la misma cuando se trata de la sucesion intestada que cuando se habla del retracto: en el un caso los bienes se consideran todos del fallido sin respeto alguno de si provenian ó no de su padre: en el otro se atiende á esta principal circunstancia, y en bienes de aquel origen ningun hermano puede ser preferido: segunda, que la ley solo concede prelacion al que es mas próximo en grado, y eso se demuestra con solo observar la variante que ha sufrido la ley del Fuero Real al ser trascrita á la Novísima: decia aquella en su redaccion primitiva: *y si dos* ó mas la quisieren que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo: dice tal como hoy está en este Código: y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, *pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* Nosotros suscribimos á esta opinion, aunque no nos persuade el argumento deducido de esa distinta lectura de una misma ley. En ambos Códigos dice lo mismo, solo que en el Fuero Real hay visible omision de una

frase, y si no visible equivocacion de concepto : entre dos que están en igual grado de parentesco no hay mas ni menos proximidad; los dos son igualmente propincuos. Por lo menos esto es lo racional, aunque ya vemos que no es lo creido, pues Montalvo, comentando la misma frase, dice: tal como si fuese hermano de doble vínculo, el cual seria preferido al que lo fuese por solo un lado, como en las sucesiones : *Ut si sit frater utrinque conjunctus prefertur aliis qui ex uno latere tantum, sicut in successione.*

El término para ejercitar este derecho es el de nueve dias, cuyo punto, por ser tan esencial, le reservamos intacto para examinarle cuando tratemos de otras leyes. Para concluir el comentario de la presente, solo haremos notar que concede este derecho como personalísimo, en grácia, si se quiere, de los sentimientos de familia, por lo que no puede ser cedido á ningun estraño sino mediando juramento, el cual, segun espresa Acevedo, ha de prestarse dentro de los nueve dias (*Núm.* 81), y dando ó consignando el precio si el vendedor no lo quisiere recibir.

Ley 2.ª *de D. Enrique IV en Nieva*, *año* 1473.—Esta ley fué dada á peticion de las Córtes para quitar varias dudas, de las cuales prévia la introduccion se ocupa en estos términos: 1.° *Un hombre compra una heredad de otro; este comprador dispónese á pagar esta heredad por ventura malvaratando ó vendiendo otros bienes suyos, y despues hace en esta heredad edificios, y labores y mejoramientos, como en cosa suya: y acaesce, que un hijo ó hermano, ó otro pariente propincuo de aquel vendedor, por ventura incitado por él, y con sus propios dineros del vendedor, ó por su inducimiento, á cabo de cinco, diez ó quince años que es hecha la venta, y la vé mejorada, dice al comprador, que aquella heredad es de su patrimonio ó abolengo, y que la quiere tanto por tanto, y que requiere con el precio; y si no le quiere recibir, pónele en depósito, y demándale la heredad, diciendo, que este que la pide, al tiempo de la venta era menor de edad, así que no le corrió prescripcion, ni le empesció transcurso de tiempo: ó que fué ausente ó impedido de pe-*

dirla hasta entonces, ó por otro legitimo impedimento; y ayudase del remedio de la restitucion ó de otros, y con esto saca la heredad, que por ventura vale la mitad mas, ó los dos tercios que cuando la hubo el comprador, lo cual parece cosa inhumana y agra: por ende declaramos y ordenamos que los nueve dias contenidos en la dicha ley del Fuero, para que el mas propincuo saque la heredad vendida, que fué de su patrimonio ó abolengo, corran contra los menores de veinte y cinco años, quier sea en edad pupilar ó adulta, y eso mismo contra los ausentes; y que los unos ni los otros no se puedan ayudar de su menor edad, ni de la ausencia; y que haya lugar contra ellos esta prescripcion de los dichos nueve dias, y que no les sea sobre esto otorgado restitucion, ni rescision del tiempo, salvo que á la letra se guarde la dicha ley del Fuero contra los unos y los otros: y si el menor tuviere tutor ó curador, que pueda sacar la heredad para el menor en el tiempo y como de suso se contiene.

Y hay otra duda: 2.°, *ca la dicha ley dá facultad al pariente mas propincuo para retraer y acaesce que un hombre hubo una heredad, que fué de su padre primeramente, y este tiene un hermano y un hijo, y vende esta heredad, que heredó, á un extraño, viene agora este hermano y este hijo del vendedor y pide cada uno esta heredad, porque dice cada uno que fué de su padre, y el hermano del vendedor, dice que él es pariente mas propincuo de su padre, cuya fué primeramente la heredad, que no el hijo de su hermano, y así que es mas antiguo su derecho: y el hijo del vendedor, dice que esta heredad fué de su padre y precedió en ella al tio, hermano de su padre, y que él representando la persona de este, es mejor en derecho; es duda cual debe haber la heredad tanto por tanto: Nos declarando* dicha ley, *ordenamos: que pidiendo la heredad del abolengo el hermano del vendedor y el hijo del vendedor, ambos en un tiempo, y en forma debidos, que sea preferido y haya la heredad el hijo del vendedor para si, pero si el hijo del vendedor dentro de los dichos nueve dias no la quisiere, que la pueda sacar dentro de aquel mismo término el hermano del vendedor; pues la heredad fué asimismo habida y heredada por su padre ó madre de ellos.*

Como eran dos las dudas, dos son las declaraciones de la ley. Examinémoslas por separado. Los nueve dias señalados en varias leyes para ejercer el retracto, corren contra los menores pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos dias no se concede restitucion alguna. Como quiera que se mire el retracto es un favor: necesario era contener un fraude que se sostenia á la sombra del beneficio de la restitucion concedido para remediar un perjuicio y no para obtener un lucro. Aunque parezca redundante, no podia hacerse descripcion mas exacta que la que hace la ley denunciando ese abuso: el pariente se presentaba á retraer quizás incitado por el mismo vendedor: pretendia ser preferido en una venta celebrada quince ó mas años atrás sin respeto á los sacrificios amontonados por el comprador para mejorar la finca, y alegando astutamente menor edad, ausencia ó impedimento que hiciese posible la restitucion, ú otro recurso. El remedio es eficaz, los nueve dias corren contra los menores de veinte y cinco años, ya sean de edad pupilar ó adulta, y contra los ausentes, sin que ni á unos les ayude la edad ni á los otros la ausencia, y ni restitucion ni rescision cabe contra esta prescripcion de los nueve dias; para eso si el menor tuviere tutor ó curador, puede ejercitar el retracto á su nombre en el tiempo y con los requisitos prevenidos.

Los términos de esta declaracion han ofrecido los siguientes motivos de duda. ¿Los nueve dias corren tambien contra los ignorantes? Aunque no se habla de ellos, parece que deben estar comprendidos, visto lo que acontece en las prescripciones ordinarias que les perjudican cuando quizás no tengan lugar con los pupilos ó los menores: de este sentir son Matienzo, núms. 18 y 19, glosa 12, y Acevedo en el núm. 11, si bien estos y cuantos autores han esplicado la ley, esceptúan el caso de que el vendedor haya procedido por fraude, como si se ausentó del lugar de su domicilio para verificar la venta, ó buscó escribano de otro lugar, ó tuvo por largo tiempo oculto el contrato: entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que se adquirió la noticia, pues nunca debe patroci-

narse el fraude. Ya veremos por qué medios ha procurado la ley evitar este ó hacer que sea menos posible.

Como el retracto es tenido por odioso y de derecho estricto; *Strictum jus dicitur à quo nullo modo recedi potest*, se sigue, segun Matienzo y Acevedo, que no se concede restitucion contra el lapso de tiempo, ni por defecto de las diligencias, á la mujer, á los labradores y á los soldados, á los cuales solo se auxilia (*subvenitur*), en los casos espresos por el derecho, y nunca en aquellos actos introducidos para conservar el rigor del mismo.

En materia de impedimentos, palabra que tambien emplea la ley, habria mucho que decir. Contra el impedido de obrar, no corre la prescripcion: *impedito agere non currit præscriptio*: háblase del impedimento de derecho, como el que tiene la mujer casada en sus bienes dotales, ó el hijo de familias en los suyos adventicios, no por impedimento de hecho, aunque para remediar las consecuencias de un daño que no ha estado en nuestra mano precaver, tendria lugar la restitucion. Por mas que la ley sea decisiva, no creemos que desconozca el valor de las escepciones que escusan las faltas por imposibilidad, sobre lo cual, para no detenernos demasiado, nos referimos á Matienzo en la glosa 9.ª de esta ley.

De otra particularidad hemos de ocuparnos para que se vea que la ley no deja sin remedio á los menores, pues aunque en la anterior se dice que nadie puede ser admitido á retraer, sino en su propio nombre, esta autoriza al tutor y al curador para que retraigan: ¿hay en esto contradiccion? De ningun modo; pues el uno procede en nombre de su pupilo, y el otro en el del adulto: y hé aqui el origen de la difusa glosa 14, en la que trata Matienzo de si el procurador puede ser admitido al retracto; el padre por el hijo, ó el marido por su mujer. Nosotros por ahorrarnos tiempo, recordaremos la doctrina que en forma de conclusion establece P. Rubios en el número 4.° de la glosa á la ley 70 de Toro. *Maritus tamen nomine uxoris, pater nomine filii, tutor et curator nomine pupilli vel minoris et similes possunt hunc retractum facere, quamquam non habeant ad hoc speciale mandatum.*

Declara la ley en su segunda parte, que el hijo es preferido al tio en el retracto. Por demás será decir que lo mismo es hablar del hijo que de la hija, pues en los dos concurre la única razon de preferencia, que es la proximidad del vendedor, segun palabras testuales de la ley que menciona al hijo, hermano ú otro pariente propincuo del vendedor. Asi han terminado las disputas de los autores por cuestion de preferencia: alegaba el hermano del vendedor, que era pariente mas próximo del padre, cuya fué primeramente la heredad, y por consiguiente mas antiguo el derecho; pero decia el hijo que esta heredad fué de su padre, y precedió en ella al tio, hermano de su padre, y que en representacion de este, es de mejor derecho que su tio. Aunque el hijo, dice Acevedo, sea la causa próxima y el nieto la remota, cuando la primera influye en la segunda, se atiende á la una y no á la otra: el padre, vendedor de la finca, fué la causa primera, la cual trasmitió en fuerza y potestad á su hijo, que es de la naturaleza del padre, y debe estar por lo tanto comprendido en la declaracion de la ley: *quoniam legis censura naturam imitatur*. Tal es el fondo de la argumentacion que Matienzo opone á las razones aducidas en favor del tio, como puede verse en las glosas 17 y siguientes.

Como segun la ley debe de ser preferido el mas próximo en grado, se pregunta si tendrá lugar el derecho de representacion. Sala lo defiende resueltamente remitiéndose á Hermosilla, Acevedo y Molina, pero de la doctrina de estos autores lo único que puede inferirse es que la representacion, como remedio general, podria ser aplicable al retracto por analogía con el derecho hereditario. Matienzo, considerando el diferente oficio que desempeña en un caso y en otro, dice: *non est extendenda ad casum nostrum in quo non agitur de pariter succedendo, sed de excludendo patruum* (glosa 17, núm. 3.º). Aunque es sin duda bien natural que el nieto ocupe el lugar del hijo, la circunstancia de haberse llamado en esta ley al mas próximo pariente, y haber señalado en otra el órden de llamamientos dentro de cierto grado, impiden á nuestro juicio el derecho de representacion en el retracto.

Otra cosa fuera si el hijo no quisiese aprovechar el beneficio, entonces el hermano podria usar de él, segun dice esta ley, y aun cualquier otro pariente, como espresa la 73 de Toro, correctoria de la 13 del Fuero Real, 1.ª de la Nov., que dejamos esplicada.

Ley 3.ª de D. Enrique II en Toro, en 1371.—*Por cuanto nos ha sido fecha relacion de que ha habido pleitos en que han pedido los hijos de algunos padres ó de otros sus parientes las heredades que venden sus parientes ó sus padres, no las habiendo heredado los vendedores de su linage ni de sus parientes. sino habiéndolas comprado ó habido por troque ó por donacion ó en otra manera: mandamos que no se puedan poner ni seguir los tales pleitos, ni haya lugar de se pedir, ni sacar tanto por tanto los bienes que asi fueron vendidos, salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas que los hubieron heredado de su abolengo ó de su patrimonio, y los vendiesen los que los ansi hubiesen heredado; y los que por tales razones los quisieren demandar, que los demanden desde el dia que la vendida fuere fecha hasta nueve dias.*

Corrige ó declara esta ley la 1.ª del mismo título, en cuanto exige para que proceda el retracto que el vendedor haya heredado la cosa vendida de sus padres ó de sus parientes, escluyéndole cuando la haya comprado ó habido por trueque, donacion ú otra causa. Infiérese, pues, segun dice Acevedo, que es falsa la opinion de Montalvo, el cual afirma en la glosa 2.ª de la ley 13 del Fuero Real, que tiene lugar el retracto aunque la cosa fuera únicamente del padre vendedor, sin que este la hubiese recibido de su abuelo ó abuela. Fundábase el escritor, como aparece de sus palabras, en que la ley exigia únicamente que la cosa fuese de patrimonio ó abolengo: *sufficit quod res dependeat à solo patre vel à solo avo;* pero le faltó advertir que la presente ley, omitida en el correspondiente título del Ordenamiento Real, requiere que la cosa haya venido al padre del abuelo ó de los parientes por título de herencia, y que no tendrá lugar el retracto, si procede por otra causa. El legislador trataba de impedir que se pusieran pleitos de re-

tracto por cosas que los vendedores no habian heredado de su linaje ni de sus parientes, y por eso dice que solo se pidan y se puedan sacar tales bienes, cuando fueren vendidos por personas que los hubieren heredado de su abolengo ó de su patrimonio.

Aquí nace una nueva dificultad: ¿tan de rigor es el título hereditario, que él y ningun otro dé lugar al retracto? Oigámos como contesta Sala á esta pregunta: «Bien meditada esta ley con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse entender esta esclusion de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de estraños y no de los ascendientes; así por ejemplo, vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan, Diego, hijo de Pedro, no tiene derecho para retraerle, pero le tendrá si dicho su padre Pedro le hubo porque Francisco, padre ó abuelo del mismo, se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias* ó en mejora, ó en dote si fuere hembra.» Lo mismo opina Gomez en el § 2.°, núm. 3.°, ley 73 de Toro: «Si la cosa llegare á uno de los hijos por virtud de division hecha entre los mismos, ó de mejora, prelegado ú otro título, *virtute divisionis inter ipsos factæ, vel meliorationis, vel prælegati, vel quovis alio titulo;* si dicho hijo y poseedor despues de la muerte del padre la vende, entonces el otro hijo del difunto y hermano del vendedor, puede lícita y justamente retraerla: *tunc alter filius defuncti fraterque vendentis potest licite et juste eam retrahere.* La razon que dan ambos autores parece concluyente: la cosa era ya familiar ó de la parentela en la persona del vendedor, sin que pueda alterar el título singular con que la adquirió; pues si la ley menciona el título de herencia, es por ser el mas ordinario que tienen los hijos de adquirir los bienes de sus padres.

Puede establecerse por regla general que mientras la cosa conserve la calidad de familiar, es susceptible del retracto. Por este supuesto declara Matienzo en el núm. 8.° de la glosa 8.ª, ley 7.ª, que el retracto tiene lugar en la cosa vendida una vez por el dueño, pero redimida por pacto de retro, y vuelta á vender por él mismo. Acevedo critica esta conclusion

admirado de que un escritor como Matienzo hubiera podido sostenerla *(Núm. 77 al fin, ley 7.ª).* Pero no dice mal Sala, que su estrañeza provenia de haber analizado someramente la ley comentada; pues no se opone á ella lo que Matienzo afirma, fundado en que el vendedor que por el pacto de retro readquirió la finca patrimonial vendida, continúa poseyéndola como familiar, y es por lo mismo capaz de ser retraida en una nueva venta.

Lo que todos admiten es que las cosas dejan de ser materia de retracto cuando han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del que vende y del que retrae: la razon es porque desde que la cosa se hizo libre de enajenacion, libre permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa. La unanimidad de pareceres aparece consultando á Matienzo en la referida glosa, á Acevedo en los números 75 y 76 de la suya á la ley 7.ª, á Gomez en el núm. 24 de la ley 70 de Toro, y á Sala en el núm. 11, tit. XI, lib. II, *Der. R.* El término, vuelve á repetir la ley, es el de los nueve dias, contados desde que la vendida fuere fecha, de cuya indicacion nos haremos cargo en la siguiente ley.

Retracto de las cosas vendidas en almoneda.—Ley 4.ª (70 de Toro).

La ley del Fuero que habla cerca de sacar el pariente mas propincuo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya tambien lugar cuando se vendiere en el almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez; y los nueve dias que dispone la ley del Fuero, se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que la saca el precio, y faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero y la ley del Ordenamiento de Nieva; y asimismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala, si la pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada.

La ley no ha venido á innovar sus precedentes; todo al contrario; aplica la del Fuero á las ventas en almoneda pública y dispone que desde el dia del remate se cuente el término, y que se cumplan las demás diligencias como mandan

la ley del Fuero y la del Ordenamiento de Nieva. Pero no falta la condicion característica de todas las leyes Taurinas; aunque ni declara ni restringe sus anteriores, que continúan siendo, como antes, regla en la materia, tuvo un objeto útil; se dió para acabar las dudas de los intérpretes: primero, sobre si el retracto procedia ó no en los remates; segundo, desde cuándo deberia contarse el término para los nueve dias.

Registrando las obras de los comentadores de mas nota, hallamos alguno, como Montalvo, que en la correspondiente glosa á la ley del Fuero sostiene que en la almoneda hecha por autoridad judicial no tiene lugar el retracto, porque quien vende la cosa no es el dueño, sino la Justicia: *Quia ista lex loquitur, cum ille qui est de genere vendit rem* (Vers. it. quæro.). En apoyo de esta opinion cita la ley 220 del Estilo, segun la cual en las cosas vendidas en almoneda no tiene lugar la ley del tanto por tanto... *Otrosi, es á saber, que en las vendidas que se facen por las almonedas... los parientes mas cercanos no pueden sacar la cosa vendida en el almoneda por mandado del alcalde, ó del cogedor, ó del entregador, maguer fasta los nueve dias que pone el Fuero quiera dar al comprador lo que costó.* Sancho Llamas impugna ambos argumentos; el uno, apoyándose en varias autoridades que están unánimes en resolver que la venta en pública subasta se reputa hecha por el deudor y no por el juez; el otro, recordando que las leyes del Estilo, formadas por algun literato práctico, son, como lo revela su nombre, una coleccion de observancias sin ninguna autoridad legal. Para nosotros, sin desconocer la fuerza de estas razones, el caso no dejaba de ofrecer sus dificultades, y prueba que no eran infundadas el que la ley las vino á decidir. Despues de ella no admite duda que el retracto procede en toda clase de almoneda, lo mismo en la voluntaria, de que se valen muchas veces los particulares con objeto de vender á mayor precio ó mas pronto sus bienes, que en la necesaria, que se verifica por mandato y con intervencion del juez en las ventas del fisco, de menores, ejecuciones para pago de acree-

dores, etc. Repárese la frase que emplea: *aunque sea por mandamiento del juez.*

Examinemos otras dudas: segun se ha visto, los nueve dias se han de contar desde el dia del remate: tomando motivo de esta declaracion, se pregunta si tratándose de una venta privada, los nueve dias se han de contar desde el dia de la venta, ó desde el de la tradicion. Tres leyes repetidas, una principal y dos aclaratorias, se nos figura que bien hubieran podido servir á los intérpretes para dejar de promover cuestiones domicianas. La ley 1.ª dice: *despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias.* La 3.ª continúa: *desde el dia que la vendida fuere fecha hasta nueve dias.* Esta añade: *desde el dia del remate.* ¿Dónde está pues siquiera mencionada la palabra entrega? ¿Cuál es la ley que denote que desde ella hayan de empezarse á contar los nueve dias? Antonio Gomez es el mas acérrimo defensor de esta opinion, no obstante confesar que la contraria está mas seguida en la práctica, y que la vió defender á varios doctores de la Universidad de Salamanca. Las razones en que se funda son varias: 1.ª, que el fin del retracto es que la cosa no salga de la familia, y antes de la tradicion ni se dice enajenada la cosa ni sale de la familia; 2.ª, que de lo contrario, siendo tan fácil ocultar la convencion, quedarian con frecuencia privados los parientes de ejercitar este recurso por ignorancia; 3.ª, que siempre que en el contrato de compra y venta se señala término para el pago, corre, no desde el tiempo del contrato, sino desde el de la tradicion y última perfeccion; 4.ª, que el enfiteuta y el poseedor del Mayorazgo prohibidos de vender no caen en pena por el contrato de venta, á no ser que luego haya seguido la tradicion. Este modo de discurrir será ingenioso; pero es poco concluyente. Covarrubias, Acevedo, Matienzo y Gutierrez se colocan en mejor terreno, defendiendo la tesis contraria, que no necesita mas apoyo que los términos y el sentido de la ley. La palabra *vendida*, que se repite dos veces, es de conocida significacion, á lo que se agrega que el dia del remate en las ventas judiciales corresponde en las extrajudiciales á la con-

vencion, porque rematar el juez la finca es suplir el consentimiento, mas bien que entregar la cosa.

La segunda cuestion es, si los dias han de considerarse de momento á momento, ó naturales, y en este caso, si se han de empezar á contar, incluyendo el término *à quo* ó escluyendo dicho término; por ejemplo, la venta se celebró en lunes, si se han de contar los nueve dias comprendiendo en ellos el lunes, que así concluirán en la noche del martes de la semana próxima, ó escluyéndole de modo que concluya en la noche del miércoles. Salas deja esta cuestion indecisa, porque, segun él, son igualmente probables las razones que apoyan una sentencia ú otra. Gomez contesta resueltamente que los dias corren de momento á momento: quiere decir, que si la venta se hace el lunes á las doce, los nueve dias no acaban hasta el miércoles á la misma hora, y esto por dos razones: 1.ª, que regularmente todo término y dilacion legal corre de momento á momento: 2.ª, que la ley del Fuero, hablando de dicho término, no hace mencion del dia en que ha de empezar, sino del tiempo, ó sea el período de los nueve que señala. Del mismo parecer es Acevedo, esforzándole con tal cual razon, aunque no fuerte, en el número 62 del comentario á la ley 7.ª

No tiene esta computacion mas que un inconveniente, el que hizo dudar á Salas, y es que será de uso embarazoso á causa de haberse de retener en la memoria ó notar por escrito la justificacion de la hora del otorgamiento de la convencion. Pero contra este argumento ya se han prevenido los partidarios de esta sentencia, pues segun Acevedo, *sed si de momento non constet totus ille dies factæ venditionis computatur in termino.*

Los dias deben contarse incluyendo al primero y al último: *isti novem dies dati ad retrahendum currunt à tempore venditionis, et sic dies termini computantur in termino* (PAL. RUB., núm. 34, com.). Acevedo dice, que profesaba la misma opinion aun antes de ver lo mucho que sobre ella habia escrito Matienzo en el lib. V: que la diccion *hasta* y en latin *usque* está usada en la ley inclusive, de manera que estos dias han de computarse en el término, lo uno por ser la opinion mas comun en el derecho, y lo otro

porque en el retracto, como materia odiosa, se ha de restringir no se ha de ampliar el tiempo.

Inquieren asimismo los autores, si los nueve dias han de correr inmediatamente desde el remate, ó si se han de empezar á contar despues que hayan pasado los nueve dias que por práctica de este reino se conceden al deudor, cuyos bienes se venden judicialmente en almoneda pública para pago de acreedores, para sacar dichos bienes ofreciendo el precio. Acerca de esta práctica dice Llamas que es innegable que al deudor en este caso se le conceden tres dias para retraer por el tanto sus bienes, si son muebles, y nueve si son raices.

Matienzo es de opinion que el término se cuenta pasados estos nueve dias dando por razon: que hasta entonces no se reputa vendida la cosa por poderla retraer el deudor, y que se le seguirian á este graves perjuicios si se viera obligado á sostener un litigio con el consanguíneo sobre preferencia (*glos.* 3.ª *ley* 9.ª). Gutierrez opina de distinto modo, y se apoya en la terminante y espresa resolucion de la ley que señala el dia del remate para que desde él corran los nueve dias concedidos para utilizar el retracto, y en que si el mismo Matienzo reconoce en el núm. 22, glos. 6.ª de la ley 7.ª que los nueve dias corren inmediatamente en la venta celebrada con el pacto de retro, sin que obste semejante pacto para que el pariente retraiga la cosa, no hay motivo para negar que del mismo modo corre el término inmediatamente desde el remate, sin esperar á que trascurran los nueve dias concedidos por práctica al deudor; sobre que por otra parte, añade, ningun perjuicio se sigue á este en que asi se verifique, puesto que seria preferido como Matienzo y Gomez afirman que lo es en el pacto de retrovendendo, si concurre con el sócio y el consanguineo dentro del término para retraer.

Por demás será decir que preferimos el dictámen de Gutierrez, porque no se debe distinguir donde la ley no distingue, y menos para ampliar un término que siempre y en todos los casos señala de una manera uniforme; cuya reflexion

hubiera podido evitar otras que tienen mas de ingeniosas que de legales.

Los demás requisitos son conocidos: entre ellos figura como principal que consigne el precio, de modo que exigiendo la ley esta condicion *pro forma*, no bastará ofrecerlo ni aun depositarlo, sino que deberá consignarlo ante el juez y escribano. De este dictámen es Matienzo en el núm. 1.°, glosa 4.ª Las diligencias á que tambien se refiere son que el pariente jure que quiere la cosa para sí, y que no lo hace por engaño.

Que hubiera de pagar las costas, alcabala, etc., como dice la ley, era resultado de la subrogacion, que en tanto puede admitirse, en cuanto al antiguo comprador se le satisfagan los gastos que él habia hecho; sobre cuyo estremo puede consultarse á Acevedo, núms. 20 y siguientes, y los demás autores que cita.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 22 de Setiembre de 1859 se declara: 1.° Que la venta constituye una verdadera, legal y válida enajenacion: 2.° Que el término de nueve dias para interponer el retracto, corre desde la fecha de la enajenacion de la finca, y no desde que tomando por base la validez de la tal enajenacion, se redime una pension ó reduce algun gravámen; y 3.° Que trascurrido el término de nueve dias sin consignarse el precio ó afianzarse en su defecto, no debe darse curso á la demanda de retracto.

Cosas de patrimonio vendidas en uno ó muchos precios.—Ley 5.ª (71 de Toro).—*Cuando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sean de patrimonio ó abolengo, que el pariente mas propincuo no pueda sacar la una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar ó ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso pueda el pariente mas propincuo sacar la que de ellas quisiere, faciendo las diligencias é solemnidades en las dichas leyes del Fuero é Ordenamiento contenidas.*

La prueba de que las leyes de Toro conservan el espíritu de las anteriores, es la continua referencia que á ellas hacen. Aquí tambien se mandan cumplir las diligencias y solemnida-

des del retracto; lo que se aumenta y lo que se declara es si debe comprender todas ó solo algunas fincas, cuando se haya vendido una universalidad. La ley es en este punto tan precisa que solo con una palabra justifica su razon y hace su comentario: vendidas las cosas por un precio, el pariente ó ha de retraerlas todas ó no puede retraer ninguna; al revés de lo que sucederia si se hubiesen vendido por diversos. Pero aqui principia el génio escolástico: cómo si no bastase una distincion que constituye todo un sistema, cómo si fuera tan difícil el significado de *precio* relativamente á la venta de una ó muchas cosas, preguntan los intérpretes: y ¿por qué no es la misma la disposicion en uno y en otro caso? Esto, unido al deseo, mas bien á la necesidad, de reunir en una ley todos los puntos con ella conexos, da origen á ciertos comentarios que asustan mas por lo largos que ilustran por lo eruditos. Llamas dice: «que la cáusa para resolver con esta diversidad, no fué el ser unas fincas patrimoniales y otras no, porque en los dos exige ó supone la misma cualidad, ni tampoco pudo ser la afeccion general que debia presumirse en el pariente, para que si no las sacaba todas no se le permitiese sacar alguna, porque en el segundo caso, sin embargo de ser tambien todas las fincas patrimoniales, se le permite retraer la que elige y dejar las demás; que la causa no pudo ser otra sino la diferencia de señalarse en un caso un precio para todas las cosas, y en el otro á cada cosa el suyo» *(Núm. 15)*. Llamas pretende haber hallado la verdadera esplicacion, pero con su buena licencia nos permitiremos creer que la de Palacios Rubios es mas sencilla: *ratio est quia unica est venditio* (núm. 1.º). Menos afortunado está en la referencia á la ley 33, tít. I, lib. XIX, Dig.; pues de dicha ley, que dice: *et si uno pretio plures res emptæ sint, de singulis ex empto et vendito agi potest;* pudiera deducirse un argumento contrario al fin de la nuestra.

Ya que aun sin ser muy preciso hayamos procurado presentar el fundamento de la ley, veamos si admite alguna limitacion. Las leyes, sin ser contrarias, pueden limitarse, porque no seria justo, ni posible que pusieran en pugna los prin-

cipios. El beneficio concedido á los parientes en su segunda parte, no se ha de entender tan al pié de la letra, que destruya la base de la convencion, y procure toda la utilidad de uno en perjuicio y daño de otro. Nos parecen perfectamente entendidas las dos limitaciones que señalan Acevedo en el número 6 de esta ley, y Matienzo en los núms. 20 y siguientes, glosa 7, de la del Fuero. La una tiene lugar cuando constare que el comprador no las hubiese adquirido sino en globo, como suele decirse, bueno con malo: la otra, si dos ó mas cosas dadas á un estraño, no obstante tener cada una su precio, se le dieren en pago de una deuda, pues no seria justo privarle de su derecho, ni tener por doble la venta, cuando la deuda no era mas que una.

Tambien se pregunta si podrá tener lugar el retracto cuando se vende una cosa de patrimonio ó abolengo juntamente con otra que no lo es por un solo precio. Varios autores son de opinion que el pariente puede retraer la de patrimonio, y dejar la que no lo es, no solo cuando la venta se hace con fraude en perjuicio del derecho del pariente, sino tambien cuando se haya celebrado con buena fé. (GOMEZ, *núm.* 15, MATIENZO, *núm.* 31, *glos.* 7.ª). Pero quien mas esfuerza el argumento es Gutierrez en sus Prácticas Cuestiones, lib. II, cuestion 162. Por no repetir esta doctrina, cuyo principal apoyo lo buscan en una decretal de Gregorio IX; cap. const. 8, *de in int. rest.* nos limitamos á proponer la solucion que creemos mas probable. El retracto tiene por fundamento la índole de la finca, el que sea familiar; no concurriendo esta circunstancia en una finca estraña, es claro que el pariente ni tiene derecho ni puede ser compelido á retraerla; pero es el caso que ambas se han vendido por un precio, que la venta es una, y como sucede en todas, no habrá dejado de suplirse, si son desiguales, lo mejor de la una con lo menos buena de la otra, siendo esta segun parece la consideracion que tuvo presente la ley; ¿se cumplirá con su primera parte, retrayendo una finca, y dejando la otra; es decir, haciendo parcial el retracto que debe ser único y general? No lo creemos: las leyes sobre re-

tracto no se pueden ampliar, pero si la escepcion es posible en algun caso, debe ser en este en que la equidad exige que el retracto no se contraiga á la patrimonial, si el comprador manifestase que sin ella tampoco hubiese tomado la finca libre que se le deja. Y hé aquí porque Molina y Acevedo juzgan que debe serle permitido al comprador ofrecer ambas cosas, restituyéndole integro el precio, quedando en virtud de la oferta obligado el pariente á tomar las dos ó ninguna: *volente tamen emptore quod retrahens ambas res patrimonialem et non patrimonialem recipiat pro pretio convento, tenetur retrahens vel totum retrahere vel relinquere* (ACEV., núm. 10).

Cosa vendida al fiado.—Ley 6.ª (72 de Toro).—*Cuando la cosa que es de patrimonio ó abolengo se vendiere fiada, que el pariente mas propincuo la pueda sacar por el tanto asimismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes, á vista de nuestra justicia, que pagará los maravedis, porque asi fuere vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.*

Dudaban los intérpretes si el pariente estaba obligado á aprontar el precio para retraerla, ó bastaba que ofreciese consignarlo al tiempo que debia entregarlo el comprador, el objeto de la presente ley, dice Matienzo, fué decidir esta duda. Creian los mas estrictos que el retrayente estaba obligado á entregar en el acto el precio para evitar al vendedor los perjuicios que en su dia pudiera ofrecerle el estado de fortuna, la cavilosidad ú otra causa de su consanguineo: que el mayor ó menor crédito del comprador influia sobre el precio de la cosa, pudiendo suceder que el pariente no inspirase la misma confianza que el estraño. Otros, por el contrario, opinaban que el pariente no merecia menos consideraciones que cualquier comprador, y que debia concedérsele la misma gracia, porque obligarle á entregar el precio en el acto, era hacerle pagar mas cara la cosa: la ley vino oportunamente á acabar estas disputas: se vé, pues, que era necesaria su determinacion: ¿ha sido del mismo modo justa? Contestaremos distinguiendo. Con arreglo á aquellos tiempos en que alcanzaba favor

el retracto, fué justa; porque la subrogacion de un comprador por otro, llevaba esta consecuencia: la venta se aceptaba como se proponia, ó como se habia verificado: el resultado era el mismo para el vendedor, siempre que se le diese fianza suficiente *á vista de la nuestra justicia*, de que no le faltaria el precio al llegar el plazo que él mismo habia señalado. Con arreglo al criterio del dia, que tiene peor idea del retracto, nuestra respuesta no es igual: ha debido respetarse antes que todo, la voluntad del vendedor, que por agradecimiento ó por cariño, ó por mayor confianza, puede conceder al estraño una gracia, en la que no quiere dar parte al pariente: una vez que este se impone en nombre de la ley, parece justo que no se aproveche del retracto sin costarle un sacrificio, y que no pretenda la doble ventaja de aquirir la cosa y adquirirla al fiado. Tal vez de esto depende la novedad causada por la ley de Enjuiciamiento.

Estension del retracto.—Ley 7.ª (73 de Toro).—*Cuando el pariente mas propincuo no quisiere ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo siguiente en grado; la pueda sacar, é ansi vaya de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero y Ordenamiento.*

La presente ley amplia á los parientes hasta el cuarto grado, el retracto que la del Fuero reservaba al mas próximo, se recordará que entonces indicamos esta innovacion. ¿Cómo debemos juzgarla? ¿Es útil? ¿La redaccion de la ley ofrece algunas dudas? O el retracto carecia de motivo plausible, ó si tenia una razon de ser, preciso era no tanto corregir sino desenvolver una palabra descuidadamente puesta en la ley del Fuero. ¿Por qué el mas próximo pariente y nadie mas que él, debia ser el favorecido? ¿No tenian los demás siquiera dentro de cierto grado, el mismo interés por conservar los bienes en la familia, no podrian esperimentar el mismo sentimiento de afeccion? Pues bien: no es un defecto de la ley el que segun espresion de Palacios Rubios, haya establecido el retracto á

ejemplo del derecho de sucesion: *jus retrahendi est redactum ad instar successionis, ut proximiore nolente vel non valente retrahere sequens in gradu retrahere possit* (Núm. 3).

El pariente mas remoto no puede compeler al mas próximo á que antes de concluir el plazo de los nueve dias declare su voluntad de usar ó no del retracto. Seria esto indispensable si hubiera de estar pendiente de la eleccion y nada pudiese intentar, mientras el otro nada resolviera. No siendo así, está reducido á que practique iguales diligencias en el mismo plazo, y si el primero no retrae, se efectuará el retracto en el del grado mas remoto. El pariente que una vez declara su intencion de no hacer uso del retracto, no puede arrepentirse: este es uno de los casos en que como dicen Acevedo y Matienzo en las correspondientes glosas: *non licet pœnitere.*

La mas grave disputa consiste en el modo de computar los grados. Entre la computacion canónica y la civil hay la diferencia que en otro lugar hemos manifestado; pues bien: Parladorio cree que debe seguirse la computacion canónica, y en su apoyo aduce en el número 14, § 3.°, dif. 109, las siguientes reflexiones: 1.°, que nuestras leyes, apartándose de las leyes civiles, puesto que si se conformasen á ellas estenderian el retracto al décimo grado, siguen la computacion del derecho pontificio, que se limita al cuarto grado solemne; 2.°, que es de interpretacion vulgar, y por lo tanto no despreciable; que cuando se habla de cuarto grado se entiende siempre el cuarto grado canónico; 3.°, que siguiendo la computacion civil, se restringe estraordinariamente el derecho de retracto como que no pasará mas allá de los nietos de hermanos, lo cual es opuesto á la razon del retracto, que se funda en que la cosa no salga de la *familia;* palabra que segun es sabido, admite mas lata significacion; 4.°, añade, por último, que no le convence la razon contraria fundada en que la computacion canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, porque eso será verdad mientras de otro modo no aparezca, como aquí aparece, la voluntad del legislador, pues no es de creer que tanto quisiera restringir la idea de familia. El comentador concluye citando

como de su opinion á Gregorio Lopez, que en la ley 11, titulo XVI, Part. III, sobre quien puede ser obligado á declarar en causa criminal, y en la 2.ª, tít. I, Part. VII, quien puede acusar; cuyas dos leyes hablan de parientes hasta el cuarto grado, dice: *quod computatio ista fiat secundum jus canonicum.*

No estrañamos las vacilaciones de Sala en el § 4.º del correspondiente título: aunque la opinion contraria tenga el voto de Acevedo, Matienzo, Llamas, etc., y sea la mas generalmente seguida, nos parece insuficiente razon la que alegan, comparada con las que ha reunido Parladorio, y lo que parece inferirse del número de las personas citadas por via de ejemplo en la ley.

Como las leyes todas hablan de parientes, y esa palabra es tan elástica, los autores ya en una ya en otra de sus glosas, han promovido ciertas cuestiones, v. gr.: si el hijo espurio, si el hijo natural tiene el derecho de retracto. Nosotros reduciríamos la cuestion á averiguar si el parentesco de que habla la ley es el natural ó el civil, y cual le corresponde al hijo ilegítimo, pero Parladorio presenta una distincion que no nos parece destituida de fundamento. «Convendria, dice, observar si la cosa patrimonial provenia de la estirpe paterna ó materna; si lo primero, no tendria el derecho de retracto, porque tampoco tiene el de suceder á los agnados; si lo segundo, le tendria en los mismos casos en que pudiera suceder abintestato al cognado que resultara ser vendedor.» Bajo esa distincion resuelve el mismo caso en cuanto á los naturales, pues compendiando su pensamiento en una fórmula, concluye: *omnes quotquot jura removent á jure succedendi ab intestato, et nos eos itidem á jure retractus repellemus.*

Para concluir presentaremos otra dificultad: ¿tendrá lugar el retracto cuando la cosa haya sido vendida á un pariente mas remoto? Parladorio recuerda haber visto promovida esta cuestion por Montalvo, varon doctísimo, pero á quien achaca vacilacion de juicio: *sed parum sibi constans, modo afirmat modo negat.* El citado autor, con Gomez, Matienzo y otros, entiende que procederia el retracto; se apoya en las palabras de la ley del

Fuero, *y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* Pero dicha ley y cuantas tratan del retracto hablan siempre de ventas hechas á personas estrañas, lo que es conforme con el espíritu de la institucion, que consiste en que los bienes se conserven en la familia; por lo que como esta circunstancia se cumple en el caso propuesto, creemos que, no obstante haberse verificado la venta á un pariente mas remoto, el mas próximo no puede utilizar el retracto.

No se nos oculta el ardor con que los citados escritores sostienen la opinion contraria, y no así como se quiera, sino llegando á decir como Matienzo, que lo mismo sucederia aunque se vendiese á uno de dos parientes constituidos en el mismo grado, pues el otro podria pretender la mitad. Pero deseamos no imitar á Acevedo, que admite ambas conclusiones aunque no le dejan satisfecho: *licet mihi non ex toto satisfaciant* (núm. 59). Resueltamente aceptamos la doctrina de Sala en el núm. 3.°, pero generalizando la respuesta, sosteniendo con decision que conseguido el objeto de la ley sin necesidad del retracto, no hay para que emplearle.

Artículo 2.°

Retracto del superficiario.

Preferencia en el retracto.—Ley 8.ª (74 de Toro).—*Cuando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propincuo.*

Es la presente ley una de las mas importantes en la materia; porque señalando un órden de prioridad, amplía el retracto; reconoce que varias personas pueden tenerle, y que todas son preferidas á los parientes. Esas personas son: el se-

ñor del dominio directo ; el superficiario; el condueño. El retracto de comuneros tiene una ley especial; la que sigue : examinemos en esta la existencia y la razon de ser de un nuevo retracto, el del dominio directo, y el que por proceder de origen análogo, tanto se le asemeja , el del superficiario.

Buscando el origen de este retracto, que para distinguirle por un nombre especial llamaremos de dominio pleno, confesamos haber quedado poco satisfechos de la esplicacion de Matienzo en la glosa 1.ª de la ley comentada: la glosa no corresponde á su tema, que está concebido en términos absolutos: *Hoc genus retractus antiquisimum est, quod competit domino directo.* La obligacion del enfiteuta de dar parte al dueño de la cosa cuando quiera venderla es, sí, bien antigua; pero el derecho del señor directo para ser preferido por el tanto dentro de los dos meses, no se llama derecho de retracto, sino de tanteo. Apreciada esta diferencia es como se comprende que mientras D. Alonso el Sabio, sin salirse de las prescripciones del derecho comun, conservó el tanteo por la ley 29, título VIII, Part. V, los Reyes Católicos, completándolas, establecieron en favor del dueño directo y superficiario el derecho de retracto, no solo para hacer uso de él contra cualquier comprador cuando alguno hubiese enajenado su derecho sobre la cosa censida, sino para ser preferido en concurso de otros retrayentes de cualquiera clase.

La ley de Toro que le consigna debe acabar todas las cuestiones acerca de la existencia de este retracto, ya que aun antes de esta declaracion fuese incontrovertible su conveniencia, su justicia. La consolidacion del dominio es la aspiracion constante del derecho, porque es la ventaja mas positiva de la propiedad. En apoyo del retracto que tiende directamente á conseguirla, militan todas las razones que favorecen el de los comuneros, y mas que podrian invocarse en nombre de la agricultura especialmente interesada en los progresos de la enfitéusis. Pudiera creerse que deroga el derecho de tanteo; pero eso no lo dice la ley, y tampoco hablaria de él como cosa supuesta, si existiese entre ellos alguna incompatibilidad.

Dando pues por terminada esta controversia procedamos á su exámen.

La duda mas principal y de la que se ocupan Gomez y Albornoz, consiste en saber cómo se ha de entender la ley, si copulativa ó disyuntivamente: *et certe est articulus subtilis et difficilis qui eget perfecta declaratione* (GOMEZ, núm. 31). ¿Será posible que esa duda ofrezca tanta dificultad? No lo creemos: las palabras de la ley son «cuando concurran el pariente con el señor directo ó con el superficiario ó con el que tiene parte en ella:» la declaracion es que cualquiera de estas personas sea preferida al pariente, mas no dice que ellas hayan de ser preferidas entre sí por el órden que las cita.

Pero puede ocurrir este conflicto, y ya que la ley no es del todo esplícita, conviene suplir su silencio. Nosotros hallamos la razon de preferencia en la consolidacion del dominio: así por ejemplo, si es un superficiario el que enajena la cosa, y concurren el señor directo, y el consocio superficiario, debe de ser preferido el primero. Gomez en el núm. 31 resuelve en los mismos términos este caso.

Pongamos otro ejemplo: supongamos que el señor del dominio directo venda la cosa y que concurran un consócio del mismo y el superficiario. Llamas considera este caso raro pero posible (*Núm.* 5.°). Ignoramos en qué se funda para decirlo, mas por lo que toca á su resolucion nos parece acertada: conocido el ánimo del legislador que busca las ventajas de la reconstitucion del dominio; parece que debe ser preferido el superficiario, cuyo derecho, especie de usufructo, restituye su primitivo valor á la propiedad.

En cuanto al comunero, entendiendo por tal el que lo sea del dominio pleno y absoluto, ese, claro es, que no puede concurrir con los anteriores, aunque sí con los parientes, en cuyo único concepto declara la ley su preferencia.

Suscribimos sin vacilar á la siguiente conclusion que á manera de corolario propone Llamas (*Núm.* 12). La misma preferencia que se ha dicho tiene el superficiario para retraer en los casos especificados, se ha de entender concedida al enfi-

teuta, y con mayor razon, á causa de que éste no solo tiene el dominio útil de la superficie sino del suelo: Nosotros lo hemos dado por supuesto desde el principio: salianos al paso una reflexion, y es que los derechos nacidos de la superficie son menos importantes, no tan graves como los que produce la enfitéusis, uno de ellos el tanteo que hace inútil el retracto; pero creemos que no hay oposicion entre ambos beneficios, que puede convenirle al dueño usar el segundo, cuando por cualquier motivo no aprovecha el primero, y por eso se nos figura que el no haber hablado de él fué, como dice el P. Molina, disp. 371, núm 4, para denotar que cualquiera que tenga menor derecho que él en la cosa, está escluido del retracto. No convenimos con dicho autor en que estos derechos hayan de ser perpétuos por la razon que dá Llamas, y que ocurren á cualquiera que conoce lo que son la enfitéusis y el derecho de superficie. Pero sí estamos conformes en escluir del beneficio al usufructuario; Llamas profesa igual opinion en el núm. 19: no solo no compete al usufructuario el derecho activo de retracto para sacar la propiedad, caso que la intente vender el señor de ella, sino que ni aun puede tener lugar el pasivo respecto del usufructuario, y el activo para el señor de la propiedad, caso que el usufructuario quiera vender el derecho de usufructo. Este derecho como personal y limitado no se encuentra en el caso que los anteriores: tal es la base de sus razonamientos que con la lucidez de costumbre antes que él habia desenvuelto Gomez en los núms. 33 y siguientes.

De otra idea vamos á hacernos cargo. Sala copia inadvertidamente una indicacion poco fundada del último de estos autores. Gomez habia dicho hablando del tiempo concedido por la ley para el uso de este retracto que era de nueve dias, cuando el superficiario no pagase pension ánua al señor directo, puesto que si la pagaba tendria otro derecho que podria ejercitar por término de dos meses, mediante que el usufructuario que paga pension es semejante al enfiteuta. Eso no es exacto: en primer lugar como prueba Llamas con infinidad de citas y sabe cualquiera que haya manejado algunos negocios,

lo regular es que el superficiario pague alguna pension en reconocimiento del dominio directo: en segundo hay el inconveniente de que en esa respuesta aparece involucrado el tanteo con el retracto; y sábese que ni el derecho es el mismo, ni el tiempo para ejercitarle.

Sea la última cuestion: si tendrá lugar el retracto de sangre en una heredad de abolengo ó patrimonio que se dé en locacion ó enfitéusis por largo tiempo ó concedida por censo ó por una pension perpétua. Acerca de esta duda, Covarrubias y Gutierrez sostienen la negativa, fundados principalmente en que falta el motivo para el retracto, mediante no haber enajenacion, porque el dominio útil vuelve á consolidarse con el directo cuando concluye el tiempo de la locacion y enfitéusis; pero nos parece preferible la opinion afirmativa de Llamas, pues los términos de la consulta hablan de largo tiempo y de pension perpétua, y como este dice, ¿no seria una especie de deformidad é inconsecuencia que concediéndose el retracto cuando se enajena el dominio pleno se denegara cuando solo se comprende en la enajenacion una parte? No se opone á esto el que, concluido el tiempo de la enfitéusis, el dominio útil vuelva á consolidarse con el directo, pues esto mismo prueba que el dominio ha estado enajenado de la familia. Sábese por otra parte que en la venta temporal ó hecha por cierto tiempo tiene lugar el retracto; luego del mismo modo debe tenerle en el caso propuesto.

Adicion.—La utilidad de este retracto está tan reconocida, que se halla mas consignada en el número 7.° del artículo 1563 del Proyecto de Código. «Tanto los terratenientes como los perceptores de las pensiones ó gravámenes, podrán usar del retracto legal en toda trasmision de sus respectivos derechos.»

Jurisprudencia.—Por sentencia de 13 de Junio de 1860 se declara: Que no procede el retracto gentilicio cuando no concurre en la cosa que lo motiva el indispensable requisito de ser patrimonial; en cuyo caso falta el supuesto de la cuestion relativo á la mayor proximidad de parentesco ó mejor

derecho entre los que pretenden retraer, y no pueden ser infringidas las leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que tratan de la preferencia en los retractos.

Artículo 3.°

Retracto de comuneros.

Ley 9.ª (75 de Toro). —*Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la Partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto sea obligado el que la quisiere sacar, á consignar el precio en el tiempo é término é con las diligencias é solemnidades, de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinco cuando fuera de su patrimonio ó abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del Fuero é Ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes, haya lugar é se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto.*

Este retracto puede considerarse incluido en la ley 14, título XXXVIII, lib. IV del Código, que segun se dijo en su lugar, habia abolido el gentilicio. La 1.ª, título XXXVII, libro III del mismo, solo prohibe al comunero vender su parte á un estraño despues de contestado el pleito con los otros comuneros, si estos no lo consienten.

De tales precedentes se apartó, cosa que no hizo muchas veces, el autor de las Partidas, y conformándose á una costumbre tan admitida en su tiempo, estableció una prelacion en beneficio de los condueños: si fué el retracto propiamente dicho, ó en qué términos le concedió, lo veremos por la ley, y será el objeto de nuestro estudio: dice asi: *Dos omes ó mas, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puédela vender á cualquier de los que han en ella parte ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa quisiesen dar tanto por ella como el extraño, ese la debe haber ante que el extraño. E la vendida del extraño*

se debe entender que puede ser fecha ante que sean entrados en pleitos de la parte. Ca si el pleito fuere ya comenzado en juicio para partirla, entonce no la podria vender al extraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros (Ley 55, tit. V, Part. V).

Todos los autores que han examinado esta ley han reconocido que la prelacion que concede al condueño, es antes, no despues de verificada la venta; es el beneficio de tanteo, no el de retracto: *illa lex forte erat intelligenda quando tempore contractus concurrebat socius et extraneus, secus autem si jam esset vendita extraneo.* Gomez, número 26 al fin: y lo mismo dice el P. Molina, Disp. 571, núm. 2. No hay palabra en la ley que induzca á sostener lo contrario, y aun se confirma el argumento, atendiendo á que si otra hubiese sido su disposicion, habria señalado término, pues no es lo regular dejara indefinido tan notable derecho.

La ley de Toro fué, pues, una novedad en cuanto concede al condueño la preferencia, aun despues de consumada la venta. Esa reforma tiene motivos conocidos: el retracto de condueños es conforme á su respectivo derecho, mientras la cosa está pro indiviso, remueve los obstáculos de la indivision, y favorece y mejora las condiciones de la propiedad. Por menos motivos que estos hubiérale debido establecer la ley ya que permitia el gentilicio y autorizaba el del dominio menos pleno.

La principal, casi la única duda promovida por los autores, se dirige á saber: si tiene lugar en cualquiera especie de cosa, ó solo en heredad ó cosa raiz é inmueble. La respuesta de los autores ha sido equívoca por falta de clasificacion. La preferencia de la ley de Partida tiene lugar en toda especie de cosas: *etiam in re mobili, vel se moventi, cum istud verbum res sit generale et omnia comprendat* (G. LOP., glosa 1.ª). Y asi debe entenderse á Gutierrez, que dice lo mismo. Pero de esa ley se aparta la de Toro; la preferencia de la segunda es de otro género; tiene lugar aun despues de vendida la cosa, y se pregunta: ¿procederá en todos los casos el retracto con arreglo á esta ley,

siendo así que taxativamente usó la palabra heredad? En esta parte nos parece preferible la contestacion negativa que da el P. Molina en el lugar antes citado, la cual aprueba Llamas en el núm. 15 de su comentario. El retracto en las cosas muebles no llenaria su objeto, ó perderia gran parte de su importancia: concedido, serviria mas bien que para aumentar el valor de las cosas, para producir disensiones y pleitos entre los condueños: compréndese en buen hora, que se haga una escepcion en la libertad de contratar si ha de ser por beneficio de las fincas, que es lo que vá buscando este retracto, ¿pero qué ventajas puede producir aplicado á una cosa de tan poco valor que los gastos y las diligencias importarian mas que ella misma? Si para conceder estos derechos se hubiese atendido al precio de afeccion podia pasar; mas aunque tal sea la opinion de algunos, es dudoso que tal fuera la causa inductiva del retracto; si lo hubiera sido, ¿cómo no tiene lugar en el de sangre cuando es un hecho que tendriamos mas afecto que á una finca ignorada, aunque familiar, al aderezo que llevó nuestra madre, ó á la espada que inmortalizó el nombre de nuestro padre en los combates? Pero lo cierto es que la ley no reparó en estas circunstancias, y que consultó mas que á un sentimiento, á una razon política; conforme á este supuesto, que es el mas creible, y tratándose de una materia que no consiente ampliaciones, debemos considerar limitado el de comuneros á los bienes inmuebles de que habla la correspondiente ley, y no á cosas ó efectos de otro género.

Este derecho es propio de todos, y cada uno de los condueños, por lo cual no hay diferencia entre el que tiene mas ó tiene menos parte en la cosa; de modo que, en caso de concurrir dos ó mas al tiempo señalado, serán admitidos, sacando cada cual su porcion á prorata de la parte que represente en la cosa comun: en cuya conclusion, que se desprende inmediatamente de la ley, convienen la generalidad de los autores, segun dice Matienzo en el número 8, glosa 5.ª de la misma.

Al referirse la presente ley á la de Partida y conceder este

beneficio al condueño, cuando segun la misma pudiera sacar la cosa por el tanto, claro es que aprobó y aceptó su doctrina, por lo que dicho se está que el condueño no podria disfrutar del retracto, cuando se haya incoado el juicio divisorio de la cosa comun, cómo y por la causa qué en aquella se espresa.

Por último, en apoyo de este retracto y para su justificacion, diremos que aun el Proyecto de Código le conserva *(Arts. desde el 1450 al 1454).*

Jurisprudencia.—Por sentencia de 18 de Junio de 1857 se halla establecido: Que las leyes de Partida y recopiladas exigen para que proceda el retracto de comuneros, que el que lo haya de invocar, posea en comun con otro la cosa que pretenda reclamar; y que la mera falta, aun suponiéndola de línea ó señales de division de dos propiedades, cuya cabida, situacion y linderos están determinados, no es título ó razon bastante para estimarlas poseidas de consuno por los respectivos dueños, ni de consiguiente para dar á éstos el derecho de retraerlas como comuneros.

En otra de 24 de Marzo de 1860 se resuelve: Que no procede el retracto de comuneros ni puede decirse que las fincas se poseen comunalmente, cuando las propiedades están divididas con señales mas ó menos ostensibles, pero conocidas de sus dueños, y bien determinadas su situacion, cabida y pertenencias, estando limitada la mancomunidad al aprovechamiento de los pastos.

Ley del Enjuiciamiento Civil.—No entraba en las miras de esta ley, porque tampoco era de su especial encargo, modificar ni derogar el retracto; pero debia regular su ejercicio, simplificar su tramitacion, con lo cual no conseguia poco, pues todo lo peor que ha podido decirse del retracto, y su mayor inconveniente, se hace consistir en los pleitos que produce.

A fin de procurar economía de tiempo y de gastos, conciliando con la brevedad la sencillez peculiares de este linaje de reclamaciones, púsose en la ley el tít. XIII, del cual entresa-

caremos los artículos conducentes. Exige para que pueda darse curso á las demandas de retracto: 1.° que se interpongan en juzgado competente, que es el del lugar en que está situada la cosa ó el del domicilio del comprador, á eleccion del demandante, dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta; 2.° que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea; 3.° que se acompañe alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto; 4.° que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraida á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á menos fortuna al retrayente y lo obligare á la venta; 5.° que se comprometa el comunero á no vender la participacion del dominio que retraiga, durante cuatro años; 6.° que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño directo ó el útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años; 7.° que se acompañe copia de la demanda en papel comun *(Art. 673. 674)*. El que intentare el retracto, si no reside en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada diez leguas que distare de dicho pueblo el de su residencia (675). Si la venta se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve dias no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella (676)..... consentida ó ejecutoriada la sentencia en que se declare haber lugar al retracto, se tomará en la contaduría de Hipotecas razon del compromiso que se haya contraido en cualquiera de los casos comprendidos en el artículo 674. Se librará al efecto el oportuno mandamiento, exigiendo al contador que conteste quedar cumplido (688). El comprador que haya sido vencido, puede en cualquier tiempo librar al retrayente de este gravámen (689). Cuando conviniere el comprador en ello ó pasados los plazos prevenidos en el art. 674, librará el juez otro mandamiento para que se cancele la toma de razon. La enajenacion que se hiciere antes

del vencimiento de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador, será nula (690).

Finalmente, por real órden de 27 de Setiembre de 1860, espedida de conformidad con el dictámen emitido por la seccion de Hacienda del Consejo de Estado, se ha declarado que en la venta de los bienes comprendidos en las leyes de desamortizacion, no tiene lugar el derecho de tanteo ó retracto.

Esta escepcion de la ley general se funda en que por el art. 53 de la Instruccion de 1.° de Marzo de 1836, fué escluido el derecho de tanteo ó retracto en las ventas de bienes nacionales.

Que al prohibirse por el art. 170 de la Instruccion de 31 de Mayo de 1855 la admision de demandas de lesion ú otras que tendieran á invalidar las ventas, están comprendidas implícitamente en el mismo las de tanteo y retracto, por cuanto de hecho y de derecho anularian el contrato celebrado por la Administracion con los rematantes de las fincas.

Que el resultado de las subastas de los bienes que se hallasen en el caso de ser tanteados, seria negativo por remitirse las ofertas y subordinarse su admision al preferente derecho de condominio.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 9 de Diciembre de 1856 está declarado: Que las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicacion mas allá de lo que su letra y espíritu determinan; y que el derecho de retracto no tiene lugar en los bienes vinculados, hasta tanto que trasmitidos como libres, hayan adquirido el carácter de patrimoniales y de abolengo en el sentido legal.

En otra de 23 de Mayo de 1859 se resuelve: Que no tiene lugar el retracto cuando la rescision de la venta procede de causa legítima.

La sentencia de 11 de Enero 1860 declara: 1.°, que corresponde esclusivamente al Juez de primera instancia la calificacion de la fianza, que preste el retrayente, de consignar el precio de la finca luego que le sea conocido. 2.°, que la demanda de retracto es admisible, siempre que se acompañe al-

guna justificacion del título en que se funde, aunque no sea completa. 3.°, que para cumplir lo prevenido en el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento Civil, basta que el retrayente consigne espresamente en la demanda el compromiso de conservar la finca retraida, adquiriendo la estabilidad necesaria con la toma de razon en el oficio de Hipotecas, que se ordena en la sentencia. 4.°, que la ley 6.ª, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, sobre retracto de las cosas vendidas al fiado, ha sido derogada por la de Enjuiciamiento Civil.

Otra de 2 de Marzo de 1861 declara: Que la accion de retracto gentilicio no puede tener lugar en las leyes del Fuero de Vizcaya, sino que es propia y peculiar de las de Castilla.

Segun sentencia de 23 de Mayo de 1861, la demanda de retracto no es admisible, cuando está destituida de los requisitos que el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento Civil exige como indispensables para que pueda dársela curso.

Otra de 12 de Marzo de 1862 declara: 1.°, que el retracto del dominio directo es distinto por su naturaleza y carácter del gentilicio. 2.°, que las disposiciones de la ley 5.ª, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., únicamente se refieren y son aplicables al retracto gentilicio. 3.°, que la ley 9.ª, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., se halla esencialmente modificada por la de Enjuiciamiento Civil. 4.°, que no es doctrina legal que á falta de precepto espreso respecto al retracto de dominio directo ó superficial sea aplicable á él lo dispuesto en las leyes anteriormente citadas, y en el art. 677 de la de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 4.°

Juicio crítico sobre el retracto.

Invirtiendo las palabras del epígrafe, habrá muchos que digan: el retracto no merece crítica, porque está juzgado. Trátase por supuesto, del gentilicio, del de abolengo, del de sangre: ese retracto, producto de ideas y costumbres desautorizadas en nuestros tiempos, remedo del espíritu vincular

que pretende apoyarse en el supuesto deseo y conveniencia de conservar en una misma familia los bienes de sus mayores; pues en cuanto al de los comuneros y el llamado del superficiario, estos se defienden mejor; estos tienen las ventajas que ofrece siempre el ver reunido el dominio.

Esta reflexion no nos arredra. Hoy es ley el retracto que mañana puede dejar de serlo: diversas opiniones se han emitido en pro y en contra de su utilidad: á todos interesa el resultado de un debate que no está cerrado en las áulas, que ha salido á la region mas alta de los Parlamentos.

En la sesion del dia 7 de Junio de 1841 el Congreso trató acerca de la conveniencia legal de suprimir el retracto conocido por el nombre de gentilicio ó abolengo. Un señor Diputado habia provocado la cuestion en sesiones anteriores por medio de una proposicion de ley que comprendia este retracto, el de comunidad y el de retroventa. La Comision se dividió en dos dictámenes: la mayoría opinaba porque no era ocasion oportuna para introducir en el Derecho Civil ninguna alteracion, estando anunciada y casi próxima la revision de los Códigos. Dos individuos de ella, conformes con el parecer de sus compañeros, en cuanto á los retractos en general, formaron voto particular acerca del gentilicio. La cuestion despues de todo, fué considerada como de oportunidad; y de tal modo, que no obstante la impugnacion sostenida por apreciables jurisconsultos, el voto particular fué aprobado en votacion ordinaria, pudiéndose afirmar por esto y por lo consignado en el Proyecto de Código, y por ser casi opinion general, que el retracto está abandonado por la ciencia, aunque su supresion no haya sido todavía decretada por la ley.

Entremos en materia: limitando el retracto el ejercicio de un derecho, no podia escaparse de los tiros de la censura, en un siglo que llama traba toda restriccion, y que proclama casi la libertad por único principio de justicia.

Somos los primeros en reconocer la eficacia de ese principio: pero no estamos distantes de creer que hoy mas que nunca va siendo necesario dirigir el uso de la propiedad, que

tiene que ser perturbador en fuerza de ser absoluto. Al ver que este derecho consiente, y que por desgracia ha sufrido tantas modificaciones, faltariamos á todos los respetos, nosotros que los guardamos todos, si condenásemos sistemáticamente el retracto que se recomienda en nombre de la antigüedad, de la costumbre y del sentimiento de familia.

En la sesion á que nos referimos no se discutió la conveniencia del retracto, pero todavia en aquel debate, dirigido á tratar acerca de la oportunidad de su supresion, reparamos que un Diputado notable no confesó sus inconvenientes; que otro negó que se hubiese dado alguna razon filosófica contra la institucion, y por fin, que el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Alonso, persona poco sospechosa, hizo, puede decirse, la defensa y el elogio del retracto. «Las leyes, decia, deben respetarse por el aprecio y aficion que les tengan los pueblos; antes de reformarlas ó derogarlas es preciso examinar si causan perjuicios, si hay reclamaciones contra ellas. La ley del retracto viene rigiendo por espacio de siglos, pues se remonta hasta el Fuero Juzgo en cierto sentido, y por lo menos fué establecida en el Fuero Real: hasta ahora no se han oido clamores algunos contra los perjuicios que se le atribuyen. En tal estado: ¿qué precision, qué urgencia hay de derogar con esta precipitacion el retracto? La Comision ha manifestado que no se han tenido presentes varios códigos, y debe añadirse que hay otros muchos que deben no perderse de vista antes de abolir el retracto. Hay provincias en que no solo se recibió con aficion, sino que formaba parte de sus miras politicas. La conservacion del lustre de las familias era atendida en el Fuero de Sobrarbe por medio de la troncalidad y del retracto, y buena prueba es de la importancia que este tenia y se le daba, que cuando en Castilla solo se dan nueve dias para interponerlo, en Navarra y Aragon está señalado con arreglo á aquel fuero un año. Es preciso considerar que algun dia han de regir toda la Monarquia unas mismas leyes, y por esto antes de derogar las del retracto, es necesario neutralizar los hábitos y las afecciones contraidas en su fuerza.»

Este lenguaje, que en nuestros labios chocaría, tiene la autoridad del hombre y de la ocasion en que se pronunciaba. En boca de un jurisconsulto que hablaba como Gobierno, es mas que un simple juicio, un consejo de prevision y de prudencia.

Ni somos tan preocupados, ni nos creemos tan ignorantes que nos hagamos ilusiones sobre el retracto, que su conservacion nos parezca una necesidad, que tuviéramos su abolicion por una desgracia. Eso no: se llama familiar, pero puede desaparecer sin que se menoscabe en lo mas mínimo el sentimiento de familia. Como legisladores seguiríamos las inspiraciones de nuestra conciencia, y adoptando uno ú otro estremo, no nos quedaria el escrúpulo de haber causado un perjuicio á la familia, de haber producido una innovacion peligrosa en el derecho. Pero tampoco decidiríamos la cuestion sin meditarla mucho, porque eso y mas exige una institucion antiquísima con la que se hallan connaturalizados los pueblos; eso y mas exige una institucion que muchos consideran hija del cariño que nos inspiran las cosas de nuestros padres y de nuestros mayores; eso y mas exige el espíritu desamortizador que por de pronto ha concentrado en pocas manos inmensas fortunas, y pone involuntariamente en nuestros labios la máxima de los antiguos: *que los bienes no salgan de la familia.*

Artículo 5.º

Breve resúmen de las leyes recopiladas sobre el tanteo.

El tanteo ocupa mas de la mitad del tít. XIII: son en mayor número las leyes que desenvuelven este privilegio que las que regulan el retracto. Pero como ninguna subsiste, como el legislador ó la práctica las han derogado, las vamos á citar sin mira especial, solo para que se conozca su objeto. La ley 10 establece el derecho de las alhóndigas para la compra de pan, con preferencia á toda persona eclesiástica ó secular. La 11 da preferencia á los abastecedores y obligados de los pueblos, á tomar por el tanto en las ferias el pescado compra-

do por otros para revender. La 12 se la da en la seda al que la compre para tejidos; privilegio esplicado y desenvuelto en la 13, 14 y 15. La 16 concede el derecho de tomar por el tanto la mitad de las lanas compradas para estraer del reino, y tiene por aclaratorias la 17 y la 18. La 19 otorga el mismo privilegio á las fábricas de jabon sobre los géneros de loza y barrilla. La 20 á los fabricantes de papel sobre el trapo; y la 21 señala tambien el suyo correspondiente á las fábricas de tejidos de lino y cáñamo.

Estas son las leyes del título: no citamos otras muchas esparcidas con profusion en este Código, como tenia que ser cuando prevalecian ciertos principios económicos, y equivocadamente se creia que no habia mejor medio de estimular y hacer florecer todas las industrias. Sobre que aquellos tiempos han pasado, sobre que el tanteo entre nosotros no existe ó está reducido á los rarísimos casos consignados en el derecho, vamos á suprimir su estudio, porque si lo hiciéramos, francamente, mas que motivos para censurar el tanteo tendríamos ocasion de compadecer la ciega la rabiosa intolerancia de alguna escuela que declara á las leyes culpables de todos los atrasos; que no sabe perdonar á los *legistas* sus errores económicos: ¡errores económicos! ¡ah! ¡de cuántos tendrá que hacer cargo á nuestro siglo la generacion que nos suceda!

§ I.

De la propiedad literaria y artistica.

Artículo 1.°

De la naturaleza y estension de este derecho.

Hace preciso el estudio sobre la naturaleza de este derecho la divergencia de los autores, pues unos consideran la propiedad literaria como verdadera propiedad; otros creen que solo es un privilegio: hace preciso conocer su estension el re-

sultado de las legislaciones, pues sin aguardar á que la ciencia dirima la controversia, ó tal vez contra su fallo, declaran temporal una propiedad que del mismo modo que cualquier otra debia de ser perpétua. ¿Qué fundamento tiene esta dificultad? Porque si este derecho no es diferente del que tiene todo propietario sobre las cosas en las que ha puesto su capital y su trabajo, nosotros, al revés de lo que algun autor afirma, creemos que los escritores y los artistas tienen poco que agradecer al siglo XIX, el cual despues de haber hecho del pensamiento humano el mas noble elemento de la fortuna pública, se opone á que sea tambien el principio legítimo de la fortuna privada.

Establezcamos antes de pasar adelante algunos preliminares. No se puede entrar en discusion si primero no nos ponemos de acuerdo en cuanto al significado de los términos. La frase propiedad literaria es vaga: podia ser sustituida por lo que los ingleses llaman *derecho de copia* (copyright). La propiedad de un autor tomada por su nombre y su celebridad, no es motivo de controversia. Jovellanos y Balmes son y permanecerán dueños de sus obras, cuya originalidad no se destruye ni aun con el peligro de los plagiarios, menos fáciles hoy en dia que la imprenta ha venido á proporcionar firmeza y estabilidad al pensamiento.

Pero las obras escritas han costado al autor mucho tiempo, mucho dinero, mucho esfuerzo. ¿Todos estos sacrificios no han de valerle alguna recompensa? Al dia siguiente de publicar un libro, del que espera las mismas utilidades que el dueño de una casa ó de un campo, ¿ha de ser libre cualquiera para reimprimirle y convertirle en un objeto de especulacion? Tres contestaciones se han dado á esta pregunta. La primera contraria á los intereses del autor. En su apoyo dice Luis Blanc: «no solo es absurdo declarar al escritor propietario de su obra, sino que es absurdo proponerle como recompensa una retribucion material. Rousseau copiaba música para vivir y hacia libros para instruir á los hombres. Tal debia ser la existencia de todo hombre de letras, digno de este nombre. Si

es rico, que se dedique al cultivo del pensamiento; que bien puede hacerlo: si es pobre, que sepa combinar con sus trabajos literarios el ejercicio de una profesion que subvenga á sus necesidades.» Privados los escritores de vivir de su profesion, porque los productos del talento no consienten una recompensa material, deben, segun este sistema, buscar su vida de otro modo, y como no serán muchos los que en la actualidad puedan mantenerse de copiar música, ni todos tendrán habilidad ó fuerza para los oficios mecánicos, no les queda, por término regular, otro remedio que elegir entre la pobreza ó la des honra.

Con mejor sentido, creen otros que el literato debe vivir de su trabajo: esta es la primera condicion de la naturaleza humana; y tanto, que si pudiéramos decirlo sin faltar al respeto, recordaríamos lo que tratando de cosas mas santas, dicen los canonistas: «el eclesiástico viva del altar;» pero se añade: es por privilegio; es porque la sociedad lo dá de gracia al escritor; es porque se empeña en mantenerle en una propiedad, de la que él mismo se desapodera. Esta respuesta es ofensiva.

La existencia de un privilegio no implica en manera alguna la idea de un trabajo productivo de parte del privilegiado. Se puede gozar de un privilegio sin haber ejecutado el menor trabajo productivo, sin haberse dado la menor pena: un privilegio no es en realidad otra cosa que una delegacion arbitraria y abusiva sobre la propiedad de otro. Ahora bien: ¿son de este género los derechos de los autores? ¿Tan poco valen; tan poco merecen que solo puedan conservarse á espensas del favor? Comprendemos que Blanc y cuantos participen de sus opiniones, pongan reparos á esta propiedad: las escuelas socialistas que consideran al escritor como un maestro ó un esclavo del pueblo, no podian concederle lo que niegan á todos los dueños. Lo inconcebible es, que escuelas que profesan los buenos principios, supongan que es un privilegio, que no puede ser una propiedad el derecho de los autores. ¿Qué propiedad habrá legítima, si no ha de serlo la del autor sobre los

productos de la inteligencia? Tiene esa propiedad las condiciones de todas y alguna mas, que le es esencialísima: otro propietario encuentra en la naturaleza los elementos indispensables á su propiedad; de tal manera, que sin negar por esto su derecho, hay medio de separar su personalidad de las cosas apropiadas: el escritor está personificado en sus obras: para tener el *Quijote*, ha sido necesario que existiera un Cervantes.

¿Dónde se encuentran las dificultades que se oponen á este derecho? Esto es lo que vamos á referir en pocas líneas: se niega la propiedad suponiendo que no hay en ella objeto capaz de ser apropiado: los productos de la inteligencia, se dice, son una nueva combinacion de los resultados del pensamiento, y nadie puede dudar que el pensamiento no es susceptible de apropiacion esclusiva, es como el fuego que se comunica y se estiende sin debilitar su foco. En este argumento hay visible confusion de ideas. ¿Tiene que ver algo el pensamiento con la obra producida? El manuscrito, el libro, el cuadro, una vez acabados, son susceptibles de propiedad: la representacion material del pensamiento del autor, ha dado nacimiento á un valor venal y esplotable: ¿por qué ha de ser estéril en manos del autor un libro que puede constituir una riqueza entregado á las oscilaciones del comercio de librería? La idea de lucro repugna al lado de la nobleza que distingue á las ocupaciones del talento: comprendemos lo malo, lo repugnante de mirar esta profesion como un oficio, sin mas fin, sin otra mira, que una ganancia sórdida. Pero ese inconveniente de una literatura degradada, existe ahora que la propiedad no es absoluta; es efecto de la especulacion, que busca la ganancia de hoy, sin cuidarse de lo que sucederá mañana que la propiedad de su obra haya pasado á manos ajenas.

Para nosotros el argumento mas fuerte es el que se deduce del concepto de propiedad: esta es una palabra esclusiva cuya funcion es apartar de la comunidad ciertas cosas para hacerlas individuales. El literato procede en sentido inverso de los demás propietarios, es y puede ser dueño del manuscrito mientras le tenga en su poder; ¿será posible que tenga

ese deseo, que se reserve ese derecho cuando le da á la estampa, y le reproduce con objeto de que llegue á noticia de todos? Si renuncia á un pensamiento, á una idea porque sea el pensamiento, la idea de los demás, ¿cómo ha de pretender quedar dueño, y dueño esclusivo, de lo que ha comunicado á todos? Wolouski esplica esta diferencia con las siguientes palabras: «La propiedad material está destinada al uso individual, así como la inmaterial al uso comun: las cosas son de uno porque no pueden ser de muchos, las ideas son de muchos porque no pueden ser de uno. Las obras del cuerpo valen por la concentracion, es decir, tanto mas cuanto son mas raras; las del alma por la difusion, ó, lo que es lo mismo, en razon directa de su abundancia.»

Los que asi discurren se mueven dentro de un circulo vicioso: el derecho no admite distincion entre la propiedad material é inmaterial: y de admitirla hay que convenir que en el mismo caso se hallan el libro que ilustra, que la casa que brinda con su comodidad y el campo que nos recrea con la variedad de sus impresiones. Se trata de saber si esa obra encaminada á propagar las ideas y objeto por esta causa de valor, como el pan que nos alimenta, el traje que cubre nuestra desnudez, ó el diamante que sirve para nuestro adorno, ha de quedar á disposicion de cualquiera, ó si debe reservársela el escritor, como quiera que su reproduccion pueda ser un beneficio, producir una suscricion que sea la renta de ese capital. En este acto, ¿cómo se distingue la concentracion y la difusion establecidas por base de tan singular diferencia? Multiplicando las ediciones, el mundo puede hacerse mas sábio, y el autor puede hacerse mas rico.

La cuestion está, pues, decidida en contra del privilegio y en favor de la propiedad, es la tercera solucion. Pero, si es asi, ¿por qué se limita esta propiedad? ¿por qué no se hace perpétua? Responderemos á esto que no porque tenga señalado un limite han podido los legisladores desconocer ó menoscabar el derecho. Pero, si los autores deben utilizar el producto de sus obras, debe la sociedad conservar su uso, al

cual va unido un principio de interés general. La ley necesitaba resolver este problema y ha preferido, como el medio mas á propósito, declarar al autor dueño esclusivo del derecho de reproduccion por tiempo mas ó menos largo, y pasado este, disponer que entre bajo el dominio público, permitiendo á todos la reimpresion de una misma obra. Desde el momento en que la doctrina adquiere autoridad de ley, los términos de la discusion se estrechan; no obstante, dentro del respeto que merece siempre el derecho constituido, se puede tal vez demostrar que la esperiencia, mas segura que todas las combinaciones, aboga en pro de la solucion contraria.

Si la propiedad literaria es un verdadero derecho, no sabemos qué justicia pueda haber en limitarle, cuando igual limitacion aplicada á. cualquiera otra propiedad, sería un despojo.

Lo que en justicia no se puede sostener, menos es definible por motivos de conveniencia. ¿Qué conveniencia hay en enriquecer á un editor estraño con menoscabo de la fortuna de la familia del propio autor? Este es el resultado inmediato de una ley que solo concede á los hijos veinte y cinco ó cincuenta años de término para lucrarse con la reproduccion de una obra que representa quizás toda la vida, toda la fortuna de su padre. Es deplorable, si, bajo todos aspectos un sistema, que haciendo tanto mas lucrativo un libro, cuanto mas jóven es el autor, contribuye á que desaparezcan de la esfera científica el aplomo, la madurez, la profundidad, que solo dan los años.

A esto se opone que la propiedad literaria se conserva mejor por el público que por el autor; que reservando á este ó á su familia la reproduccion de sus escritos se corre el peligro de que, ó por escasez de recursos, ó por rareza de carácter, ó por disensiones domésticas, desaparezca una obra de mérito. Semejante peligro es imaginario; pero aun siendo cierto, el método hoy seguido es mas á propósito para aumentarle que para desvanecerle. Lo que no haga el interés individual dignamente recompensado, con dificultad se logra acudiendo al interés público. ¿Qué ha conseguido la ley en su buen pro-

pósito de utilizar ambos elementos? Nada. Mas de una familia dejará de hacer una edicion por miedo de que espire su derecho antes que se indemnice de los gastos, contingencia posible en un pais donde se lea poco; mas de un empresario, que de buena gana hubiese entrado en una publicacion, la abandona por miedo de la concurrencia, produciendo su desistimiento el hecho, hoy harto frecuente, de que las mejores obras sean presa de la especulacion y del monopolio.

Concluyamos estas indicaciones pidiendo para identidad de casos identidad de ley. ¿Para qué hacer escepciones de un derecho que tiene su estension y sus límites conocidos? Los libros no saldrán de la circulacion ni por falta de dueños ni por voluntad de estos. La sociedad está garantida en cuanto al primero de estos inconvenientes, con las leyes de sucesion, que señalan un término á los derechos hereditarios; y en cuanto al segundo, empleando, cuando la necesidad lo exija, la última suprema ley; la utilidad pública.

Artículo 2.°

Reseña de la legislacion recopilada sobre esta materia.

No podemos llevar nuestra investigacion á tiempos muy antiguos, pues ni los informes Códigos de la Edad Media, ni los científicos cuerpos legales de Roma contienen leyes relativas al derecho de los autores; que nunca fué desconocido lo prueban la palabra plagiario usada ya por Marcial y el *sic vos non vobis* de Virgilio. Pero la suerte del génio es misteriosa; se ha creido que los grandes talentos estaban suficientemente pagados con su gloria, y Grecia no se echa en cara haber dejado morir de hambre al grande Homero, ni España se avergüenza de haber tenido por recaudador de contribuciones al inmortal autor del *Quijote*. «Estaba reservado á los modernos tiempos fundar al lado de los privilegios de la antigua feudalidad que tenia por base la defensa del territorio por las armas y el poder material ó el sentimiento nacional, un derecho incontes-

table á los ojos de todos que reconoce por principio la inteligencia, la cual ha hecho en favor de la civilizacion de los pueblos, mucho mas que la fuerza armada» (LAYA). En el medio podrá la ciencia haberse equivocado, pero su deseo ha sido bueno y á la bondad de sus fines corresponde la de sus leyes que sacan ventaja á las antiguas, como vamos á ver por el resúmen de las que contiene el tít. XVI, lib. VIII de la Novisima Recopilacion.

Ley 1.ª—Por Pragmática de los Reyes Católicos de 1502 se prohibe la impresion é introduccion de libros sin licencia, la cual debian dar en Valladolid el presidente de la Audiencia, en Granada éste y el arzobispo, en Toledo y Sevilla los suyos respectivos.... para esto debia preceder el exámen del libro por un letrado de la facultad correspondiente, el cual bajo juramento debia dar su dictámen, cotejar luego el impreso etc., debiéndole abonar los impresores y libreros un salario moderado. Los libros impresos ó introducidos en el reino sin licencia debian ser quemados en la plaza pública, y se condenaba á los dueños en el importe de la edicion de su valor, el cual se dividia en tres partes, una para el denunciador, otra para el juez y otra para la Cámara y fiscos reales.

La ley 2.ª dicta reglas sobre licencias para imprimir libros nuevos.

Ley 3.ª—D. Felipe, y en su nombre la Princesa doña Juana, otorgó en 1558 carta con fuerza de Pragmática sancion ordenando que nadie trajera, tuviere, ni pusiera á la venta libros prohibidos por la inquisicion, sopena de muerte, perdimiento de bienes y quema pública de tales libros: señala iguales penas para los que imprimieran libros sin licencia firmada por el Rey y sellada por los de su Consejo, y dicta *diferentes* reglas sobre lo mismo.

Ley 4.ª—La cédula de Felipe II de 1569 manda que no se impriman ni introduzcan en estos reinos misales, diurnales, pontificales, breviarios en latin ó romance, sin que tengan licencia real igual á los demás, obtenida con idénticas formalidades.

Ley 5.ª—La Pragmática de 1598 dispuso que de cada obra se enviase un ejemplar al Consejo para que le tasase sopena de perder los libros no tasados y diez mil mrs. etc.

Por la indicacion de estas leyes se comprenderá que todas las de aquella época y la mayor parte de las del título se relacionaban con asunto de mas interés que el de la propiedad literaria objeto de nuestro estudio. Escusamos, pues, analizar el contenido de las restantes que tienden á regularizar el ejercicio de la imprenta.

Lo que mas principalmente debe fijar nuestra atencion es la reforma que empieza en tiempo del Sr. Rey D. Cárlos III. Considerando este Monarca los inconvenientes de la tasa, la abolió declarando en real órden de 1762, que es la ley 23, que en adelante se vendieran los libros al precio que los autores y libreros quisieren ponerles, pues *siendo*, dice, *la libertad de todo comercio madre de la abundancia lo será tambien en este de los libros.* Solo esceptuó los libros indispensables para la educacion é instruccion del pueblo por los perjuicios que podria ocasionar al público si los libreros se prevalian de la necesidad de comprarlos.

Ley 24.—En ella prohibió conceder privilegio esclusivo para imprimir ningun libro al que no lo hubiese compuesto, mandando en su virtud negar este permiso á toda comunidad secular ó regular, declarando caducados los que las mismas tuviesen relativos á obras ya impresas.

Ley 25.—Por ella declaró que los privilegios concedidos á los autores no se estingan por su muerte, sino que pasen á sus herederos, como no sean comunidades ó manos muertas, y que á estos herederos se les continúe el privilegio, mientras lo soliciten, «por la atencion que merecen aquellos literatos, que despues de haber ilustrado su pátria no dejan mas patrimonio á sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el estímulo de imitar su buen ejemplo.» Dudábase acerca del significado de esta ley, pues unos la consideraban como declaracion primordial de un derecho; otros como reconocimiento de este derecho. Fundábanse los primeros en que

el autor debia renovar este privilegio á los diez años que es cuando espiraba; disponiéndose en otra ley (la 26) que si no se solicitaba prórroga, se concediese licencia á cualquiera que la solicitara, y no usando de ella el autor en el término señalado, quedaba la obra á disposicion del Gobierno; que los herederos tenian igualmente tiempo señalado para la reimpresion, perdiendo la esclusiva, si no le utilizaban: decian por. último que aunque era cierto que solo á los autores se concedia privilegio esclusivo, como además se otorgaba con mucha frecuencia licencia para imprimir, el goce esclusivo del autor venia á resultar ilusorio. Los segundos estaban mas fundados en su opinion, pues la renovacion del privilegio no supone que anteriormente se careciese del derecho, sino que tenia por objeto la regularidad de su uso y ejercicio, entendiéndose que renunciaba á él quien dejara pasar el tiempo sin acudir al Rey como estaba mandado. Estas dudas perdieron todo su interés publicada la ley 26, una de las mas principales en la materia: mandóse por ella: 1.°, Que la Real Biblioteca, las Universidades, las Academias y las sociedades reales gozasen privilegio para las obras escritas por sus propios individuos, en común ó en particular, y publicadas por ellos mismos, por el tiempo que se concedia á los demás autores, pero sin que en este punto gozasen prerogativa que perjudicase á la libertad pública, ó que fuese aun indirectamente contra el fin principal de sus propios institutos, y sin que se entendiese que el privilegio que tuvieran para reimprimir obras de autores ya difuntos ó estraños, era siempre privativo y prohibitivo; pues solamente lo habia de ser cuando las reimprimiesen cotejadas con manuscritos, adicionadas ó adornadas con notas ó nuevas observaciones, en cuyo caso se les debia respetar, no como meros editores, sino como co-autores de las obras que habian ilustrado; y aun en estas circunstancias, habia de permitirse á cualquiera literato particular, ilustrar y publicar las mismas obras con cotejos, notas y adiciones diferentes, como tambien hacer de ellas ediciones correctivas con el texto solo: 2.°, que los referidos establecimientos ó cuerpos literarios,

gozasen tambien privilegio cuando publicaran obra manuscrita de autor ya difunto ó coleccion de ellas, aunque se incluyesen cosas que ya estuvieran publicadas, porque en este caso hacian veces del autor ó autores los que ilustraban y eximian del olvido obras que podian dar crédito á la literatura nacional; muchas de las cuales quedaron sin que sus autores pudiesen publicarlas por falta de medios ó de proporcion: 3.°, que si hubiese espirado el privilegio concedido á algun autor, y él ó sus herederos no acudiesen dentro de un año siguiente pidiendo próroga, se concediese licencia para reimprimir el libro á quien se presentase á solicitarla, y lo mismo se ejecutase si despues de concedida la próroga, no usaren de ella dentro de un término proporcionado que debia señalar el Consejo, pues mediante aquella morosidad que indicaba abandono de su pertenencia, quedaba la obra á disposicion del Gobierno, que no debia permitir hiciese falta ó se encareciese si era útil: 4.°, que en las licencias que se concediesen para imprimir por alguna vez cualquier obra, cuando no fuese al mismo autor, que podia tener motivo para diferir su uso, pusiese el Consejo término limitado, dentro del cual se hiciese la reimpresion, y si se dejase pasar sin haberla hecho, se concediese nueva licencia á otro cualquiera que la solicitase: 5.°, que sin embargo de que hubiese concedido licencia para reimprimir un libro en tamaño y forma determinada, si la pidiese otro para hacer nueva edicion, mas ó menos magnífica y costosa, y en tamaño y letra diferentes, se le concediese tambien; pues lo contrario seria poner impedimento á la perfeccion de esta especie de manufactura, siendo asi que la misma solicitud indicaria el buen despacho de la obra, y que la tendria cualquiera edicion que se hiciese segun la posibilidad ó el gusto de los compradores.

Respecto de las traducciones se declaró la libertad de publicar dos ó mas de una misma obra; pues por real resolucion de 2 de Octubre de 1782 se dispuso que, sin embargo de estarse imprimiendo de órden y á espensas de S. M. la traduccion de la *Medicina doméstica* de Buchan, no se impi-

diese á otros cualesquiera particulares que imprimieran y publicaran las traducciones que hiciesen del nuevo libro.

Estas disposiciones ponen el sello á la antigua legislacion en materia de propiedad literaria ; pues aunque todavia se registran nuevas leyes en el título, se dirigen, como las anteriores, á limitar el derecho de publicacion y dar reglas sobre el modo de verificarlo.

Las leyes Recopiladas se cumplieron mas ó menos puntualmente hasta que se abrió una nueva época con el decreto de las Córtes de 10 Junio de 1813 disponiendo que el autor gozase esclusivamente del derecho de reimprimir sus obras durante su vida, así como que sus herederos lo disfrutasen por espacio de diez años despues de su muerte. Estos diez años debian empezarse á contar desde la publicacion, si la obra era póstuma. Los cuerpos colegiados poseerian sus obras cuarenta años. Pasados respectivamente estos plazos, el escrito caia bajo el dominio público; pero antes de cumplirse, podrán los dueños perseguir ante los tribunales á los impresores fraudulentos de cualquiera de sus obras, inclusos los periódicos.

Por circular de Junio de 1817 mandóse renovar la publicacion de las leyes penales acerca de los delitos de la prensa en lo relativo á la propiedad de los autores sobre sus obras.

Pasando por alto otras disposiciones de menos interés, citaremos el real decreto dado en Madrid por la Reina Gobernadora el 4 de Enero de 1834, que contiene el Reglamento de Imprentas, compuesto de seis títulos subdivididos en cincuenta y seis artículos. El IV de dichos títulos trata de la propiedad y privilegios de los autores y traductores, y sus resoluciones principales son como siguen. Los autores de obras originales gozan de la propiedad de ellas durante toda su vida, y podrán trasmitirla á sus herederos por espacio de diez años. Corresponde igual derecho á los traductores de obras en verso ó escritas en lengua muerta : los demás solo poseen la propiedad de la traduccion durante su vida; pero no pueden impedir que se publiquen otras. Los que dieren á luz documentos inéditos gozarán su propiedad por espacio de

quince años; y si los anotan, por el de la vida del anotador, si es un particular; y si es una corporacion, por el de cincuenta años. Se respeta el privilegio del Escorial para imprimir los libros del rezo eclesiástico, y el del Observatorio astronómico para el Calendario, etc.

Subsistió esta soberana resolucion, no obstante haberse restablecido en 17 de Agosto de 1836 los decretos de 22 de Octubre de 1820 y el adicional de 12 de Octubre de 1822, pues nada contienen relativamente á la propiedad literaria, versando uno y otro sobre los requisitos para publicar periódicos y sobre los delitos de imprenta.

Finalmente, como nada se habia dispuesto acerca de la propiedad dramática, se consideró comun el derecho de representar las obras de esta especie, hasta que la real órden de 5 de Mayo de 1837 declaró su propiedad sobre la base establecida en las leyes de Cárlos III, ordenando que no pudieran representarse en ningun teatro sin permiso de su autor ó propietario. Y nos fijamos en aquel supuesto para descartar la cuestion un dia sostenida acerca de si aquella real órden, por el hecho de referirse á las leyes Recopiladas con preferencia á su inmediata de 1834, daba á entender que esta se hallase derogada. No fué ni pudo ser ese el pensamiento de la ley; sino que se remontó á aquel origen, porque sobre ser el de este derecho, le hace mas respetable su antigüedad.

Artículo 3.º

Exámen de la ley de 10 de Junio de 1847.

Dicha ley consta de tres títulos: el 1.º trata de los derechos de los autores en general; el 2.º de los derechos de los autores de obras dramáticas; y el 3.º de la pena á los trasgresores. Podríamos bosquejar el pensamiento capital de la ley trascribiendo algunos párrafos del preámbulo que le precede; pero habiendo de examinarla por artículos, consideramos ocioso este trabajo. Tal como fué publicada con las alteraciones que sufrió en alguno de los Cuerpos Colegisladores, dice así:

Artículo 1.° *Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley, el derecho esclusivo que compete á los autores de los escritos originales, para reproducirlos ó autorizar su reproduccion por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas, ó por cualquier otro semejante.*

El primer defecto notado en la definicion, es definir la propiedad concretándola á los autores originales; para hacerla tan general como necesitaba ser, debia habérsele dado mas estension, comprender segun observaba el Sr. Oudovilla, á los autores de escritos traducidos ó sacados nuevamente á luz. El individuo de la Comision encargado de contestarle se opuso á la admision de la enmienda, alegando que oscureceria la ley, puesto que hablaba como punto fundamental en su primer artículo de los escritores originales, desenvolviendo en los siguientes el derecho peculiar de los autores de otros trabajos literarios.

Esta propiedad, como se vé, da facultad para reproducir ó autorizar su reproduccion: en eso está el lucro; ese debia de ser el interés que la ley asegurase al autor, pero tampoco podia lisonjear una escentricidad, un capricho; no fué la mente del artículo, porque tampoco es de la incumbencia de la ley, permitir la destruccion de la obra con menoscabo de los adelantos del público.

Entre los medios de reproduccion se cuentan las copias manuscritas, impresas, litografiadas, etc. No faltó quien censurara por demasiado restrictiva la prohibicion de sacar copia manuscrita. Estaria en su lugar si se hubiese establecido con la mira de salvar la propiedad de una obra inédita: no siendo así, porque semejante hecho mas bien que un atentado contra la propiedad literaria, seria un hurto, y quizás un delito mas grave, creíase preferible dejar fuera de la ley las copias manuscritas, porque como decia el Sr. Laserna, no pueden fundar una industria contra la propiedad, solo pueden tener lugar en el caso de que no siendo á un particular posible adquirirla por su mucho precio, prefiriese tomarse la pena, no despreciable, de hacer una copia. Pero aunque tan fundada

parece la observacion, es mas fundado el articulo. Porque en él solo se hable de producciones literarias, porque nada diga de las obras de arte, la ley es general; proponiéndose por objeto garantizar la propiedad literaria y artística, convenia no autorizar la copia de escritos originales, pues en otra parte habia de prohibir la copia frecuentemente manuscrita de las producciones del arte músico, etc.

Por el fin de la ley se viene en conocimiento de los medios vedados de reproduccion; serviría de poco prohibir una que fuese manifiesta si se consintiera otra simulada. Grande importancia han dado á este caso los comentaristas, pero conviene usar mucha discrecion para distinguir la imitacion del plagio, ver cuando se ha reproducido una obra á pretesto de hacer su crítica, ver si se ha tratado de desfigurar con notas ó si se ha descompuesto y publicado por vía de remisiones y citas considerables.

Art. 2.° *El derecho de propiedad declarado en el artículo anterior, corresponde á los autores durante su vida, y se trasmite á sus herederos legítimos ó testamentarios por el término de cincuenta años.*

Este artículo se aprobó sin discusion, y nosotros podíamos dejarle pasar sin comentario. Cuanto pudiera decirse respecto á él, toca á la esencia de esta propiedad: pero una vez convenido en distinguirla de la propiedad comun, el término medio adoptado era el mejor, el que por mas favorable á los autores proponen casi todas las legislaciones sábias. Sí, porque para nosotros no altera la regla una pequeña diferencia de años, aunque los cincuenta de nuestra ley es el término mas general.

Art. 3.° *Igual derecho corresponde: 1.°, á los traductores en verso de obras escritas en lenguas vivas; 2.°, á los traductores en verso ó prosa de obras escritas en lenguas muertas; 3.°, á los autores de sermones, alegatos, lecciones, notas, discursos pronunciados en público, y á los de artículos y poesías originales de periódicos, siempre que estos diferentes escritos se hayan reunido en coleccion; 4.°, á los compositores de cartas geográ-*

ficas, á los de música y á los calígrafos y dibujantes, salvo los dibujos que hubiesen de emplearse en tejidos, muebles y otros artículos de uso comun, los cuales estarán sujetos á las reglas establecidas ó que se establecieren para la propiedad industrial; 5.°, á los pintores y escultores con respecto á la reproduccion de sus obras por el grabado ú otro cualquier medio.

Por poco que se reflexione, se alcanzará la necesidad de equiparar los comprendidos en este artículo á los autores originales de que habla el primero. Las traducciones en verso, ya se hagan de lenguas muertas ó vivas, exigen mucho esmero y pueden tener un mérito especial: esta consideracion se ha tenido á la vista para conceder igual privilegio á los traductores en prosa de obras escritas en lenguas muertas. El Sr. Barrio Ayuso fué de opinion que debia hacerse estensivo á los traductores de idiomas vivos que pueden ofrecer la misma ó mayor dificultad, como por ejemplo, el chino. El Sr. Burgos le contestó que este caso seria poco frecuente, y era inútil precaverlo, porque tampoco era temible el estímulo de la rivalidad. Pero la verdadera razon es la mayor dificultad de las lenguas muertas; pues como carecen de otros usos, exigen estudio mas detenido, mas profundo y de menos interés, si se prescinde de este y de la satisfaccion de adelantar los conocimientos humanos.

En cuanto al núm. 3.°, han impugnado algunos que se reconozca la propiedad del catedrático sobre sus lecciones, del abogado sobre sus informes, del predicador y de todos los oradores sobre sus discursos. Pero al hacerlo se procede con equivocacion. Todas estas personas se proponen un fin, que es la enseñanza del auditorio; mas no se desprenden de la forma, del medio: es suya la composicion, y de tal modo suya, que hasta su misma reputacion se interesa en no hacer á cualquiera dueño de reproducirla de este modo: se ha decidido una disputa sostenida mas que por principios de justicia, los cuales están de parte del autor, por motivos de utilidad, pues se ha supuesto que de otro modo se procura mejor el adelanto del pueblo. Para gozar de este beneficio los autores de articu-

los y poesías originales, es preciso, segun el mismo número, que se haya formado con ellos coleccion, cosa que nos parece bien dispuesta, porque de este modo se estimula la formacion de buenas colecciones, las cuales, para el presente caso, constituyen verdaderamente una obra original.

A las obras artísticas de imitacion, la música, el dibujo, cartas geográficas, etc., convienen todos los requisitos de la ley, por lo cual no es raro que el artículo se ocupe de ellos, poniéndolas en el lugar correspondiente. Por de contado que en cuanto á la música, trátase aquí de la reproduccion del manuscrito, resérvase para otro sitio hablar del derecho de ejecucion. De una duda se han ocupado los autores con motivo de tales producciones; mas aunque sin haber declaracion especial, nosotros no vacilamos en considerarla resuelta por el espíritu del artículo: una pieza de música es susceptible de arreglos para uno ó varios instrumentos, alterando ó sin alterar la partitura: nos parece que nadie mas que su autor, puede hacer ó permitir tales arreglos, y que la traslacion bajo cualquier concepto que se verifique, como él no la autorice, puede constituir un atentado contra sus derechos.

Atendida la diferencia que hay en materia de pinturas, entre el original y la copia pudiera la ley en este punto haber sido menos exigente: la mejor copia desmerece, y nunca disminuye el valor del original; pero las reproducciones son la espresion del pensamiento del autor; necesario era impedirlas si este no las autoriza.

Pudiera una obra de esta especie poner en desacuerdo los derechos del artista, y del que por compra ú otro medio adquirió la propiedad de un cuadro; mas esta duda, en la que unos solo atienden á salvar el pensamiento del autor, y que otros deciden en favor del que le ha hecho suyo por el dinero, es de solucion fácil: como no haya pacto en contrario, como el autor no haya impedido terminantemente las reproducciones, es indisputable el derecho del dueño para hacerlas; pues segun se dijo en el Senado, previendo la posibilidad de este caso, el autor de una obra artística que la enajena, que-

da en las mismas circunstancias que el de una obra literaria que la vende á un librero: traspasa con la venta todos sus derechos al comprador.

Tampoco puede ser dudoso que la ley proteje lo mismo á los cuadros de propiedad que á los retratos. Era casi mas preciso defender á estos últimos, cuyo principal valor está en el parecido, el cual se obtiene mejor por copia de otro cuadro, que no del original. Por eso se dice que hay defraudacion en copiar un cuadro, aunque la copia sea inferior y no haya identidad respecto al procedimiento de reproduccion, ni de uso ni de destino.

Quedan esceptuados de la propiedad los dibujos que hubieren de emplearse en tejidos, muebles y otros artículos de uso comun, pues se colocan por su escaso valor en la clase de la propiedad industrial.

Todas las reglas sobre derecho de propiedad son aplicables á la escultura, la cual para los efectos de la ley se halla en el mismo caso que la pintura y las demás obras del ingenio.

La reflexion mas oportuna en la materia fué la del señor Tarancon al discutirse el artículo. ¿Por qué se cuenta la propiedad de los pintores y escultores entre las especies de propiedad literaria, cuando con mas verdad y exactitud, y sin ninguna mengua debe considerarse como artística ó industrial, tomando la palabra industrial, en sentido lato? Una de dos: ó debia quitarse el párrafo del artículo, ó variarse la inscripcion de la ley llamándola ley sobre propiedad literaria y artística, ó si se quiere industrial. No habia en concepto del orador posibilidad de comprender en una misma ley actos de naturaleza tan diferente, como lo prueba entre varias circunstancias el hecho mismo de la reimpresion de una obra y la copia de un cuadro. La contestacion á este argumento sin ser satisfactoria, es honrosa para las bellas artes, por lo cual nos hacemos un deber en reproducirla. «Indudable es, decia la comision, que la propiedad absoluta de los pintores y escultores sobre sus obras, no es del todo igual á la de los autores. Pero ha parecido regular que como parte de esos productos de las bellas

artes, tienen grandísima analogía con los que dan derecho á la propiedad literaria, convenia hablar de ellos en esta ley. Para esto se ha tenido en cuenta que la misma es la regla establecida en Rusia, en Alemania y otros paises donde se reconoce y respeta la propiedad literaria y artística. No es posible comparar las producciones de las bellas artes con las de la industria, y en todas las naciones se ha puesto á aquellas en una esfera mucho mas alta, considerando los gobiernos que esos productos del génio tienen un origen tan sublime que merece su predileccion.»

Art. 4.° *Corresponde al autor durante su vida, y se trasmite á los herederos del autor por término de 25 años; 1.°, la propiedad de los escritos mencionados en el párrafo tercero del artículo anterior, si sus autores no los han reunido en colecciones; 2.°, la propiedad de los traductores en prosa de obras escritas en lenguas vivas, entendiéndose que no se podrá impedir la publicacion de otras distintas traducciones de la misma obra. Si el primer traductor reclamare contra una nueva traduccion, alegando ser esta una reproduccion de la antigua con ligeras variaciones, y no un nuevo trabajo hecho sobre el original, el juez ante quien se acuda, admitirá la reclamacion, y fallará oido el informe de dos peritos nombrados por las partes, y tercero en caso de discordia. Para los efectos de esta ley será considerada como traduccion la edicion que haga en castellano un autor estranjero de una obra original que haya publicado en su pais, en su propio idioma.*

Consideramos muy acertadas las resoluciones de este artículo en las tres partes que contiene. Segun decia el señor Ministro de Instruccion Pública, el núm. 1.° está fundado en que seria una desgracia que porque un hombre público no hubiese dado á la prensa sus producciones y sus discursos pronunciados ya en el foro, ya en el púlpito, ya en otras partes, porque no tuviese tiempo suficiente para hacer una coleccion durante su vida, ó porque estándolo haciendo hubiese sido sorprendido por la muerte, no tuviesen sus herederos ó descendientes la facultad de publicar esta coleccion y la propiedad

de ella. La ley dice: yo te reconozco heredero de esta propiedad; pero como esta coleccion no estará tan bien hecha, tan perfecta, tan limada como si la hubiera hecho su autor, por eso solamente te concedo 25 años de propiedad.

Del número 2.° nos hemos ocupado, aunque incidentalmente en otro artículo: conocida es la facilidad, hoy mayor que nunca de las traducciones de lenguas vivas, y no puede impedirse (salvo estipulacion en contrario), la publicacion de distintas traducciones.

La ley se prepara contra el único peligro que va envuelto en dicha licencia: si la que se llama nueva traduccion no lo fuese, sino el plagio mas ó menos disimulado de una anterior, se decidirá la contienda oido el informe de dos peritos nombrados por las partes, y un tercero en caso de discordia.

La publicacion en castellano de una obra que un autor estranjero ha dado á luz en su propio idioma, se considera para los efectos de esta ley como una traduccion.

ART. 5.° *Corresponde la propiedad durante cincuenta años, contados desde el dia de la publicacion: 1.° Al Estado respecto de las obras que publique el Gobierno á costa del Erario. 2.° A toda corporacion científica, literaria ó artística reconocida por las leyes, que publique obras compuestas de su órden ó antes inéditas. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable á los almanaques, libros de rezo eclesiástico, ni otras obras de que el Gobierno se haya reservado la reproduccion esclusiva é indefinida, ó adjudicádola por razones de conveniencia pública á algun instituto público ó corporacion.*

El Sr. Tarancon aprobaba la primera parte del artículo mostrándose complacido de que se hubiese limitado á cincuenta años el de ochenta que proponia el proyecto del Gobierno. Fundábase en que los gobiernos pocas veces se deciden á imprimir una obra á espensas del Erario á no ser de un mérito sobresaliente y de grande utilidad para el pais, y en este caso suponia que el Estado es el primer interesado en que la obra se haga propiedad pública para que circule con mas facilidad y mas pronto.

Pero oponiase á la segunda parte por razon inversa recor-

dando la magnitud y la importancia de las obras de las corporaciones científicas, el trabajo y los sacrificios necesarios para su composicion y por consiguiente la necesidad de concederles término mas largo para que se indemnizasen bajo todos aspectos. El razonamiento del orador fué bien desenvuelto, sus citas fueron oportunas; pero se nos figura que equivocó su propósito, pues por grande interés que merezcan esas corporaciones, es mayor el que inspira el adelantamiento general. Con esos trabajos que honran la memoria de un Navarrete, de un Flores y otros académicos, no se proponia la digna corporacion que los contaba en su seno una mira de especulacion, sino dar á luz, enseñar al mundo lo que antes ignoraba y lo que convenia que fuese público para el engrandecimiento de la nacion. Por eso el Estado auxilía con sus recursos á las academias y es lástima que no dispongan de todos los que necesitarian para desenterrar monumentos casi perdidos de nuestra antigua grandeza.

La escepcion, última parte del artículo, tiene distintos motivos: los almanaques de que habla son los oficiales, pero independientemente de estos podia haberlos particulares, cuyo número por cierto ha crecido de una manera fabulosa, desde que la ley de 5 de Diciembre de 1855 declaró libres la confeccion é impresion del calendario.

La publicacion de los libros del rezo divino, la tiene la corona por privilegio pontificio concedido en tiempo de Felipe II, y el Gobierno no puede permitir que se imprima ésta clase de obras sino bajo su inspeccion inmediata para evitar los perjuicios gravísimos que podian resultar de las supresiones ó las alteraciones hechas en los mismos.

Art. 6.° *Corresponde la propiedad por el término de veinticinco años, contados desde el dia de la publicacion, á los que den á luz por primera vez un códice manuscrito, mapas, dibujos, muestra de letra ó composicion musical, de que sean legítimos poseedores, ó que hayan sacado de alguna biblioteca pública con la debida autorizacion.*

La ley es una recompensa y un estímulo para los amantes

del saber, que arrancan en fuerza de investigaciones, preciosas noticias al tenaz secreto de un archivo.

Art. 7.° *Los que con arreglo á las disposiciones anteriores tengan el derecho esclusivo de reproducir una obra, podrán enajenarlo y trasmitirlo por cuantos medios reconocen las leyes, por todo ó parte del tiempo que respectivamente les corresponda á cada uno de los autores.*

La declaracion de la propiedad envolvia el derecho de trasmision como precisa consecuencia. Le tienen lo mismo el autor que sus herederos dentro del espacio ó periodo de su duracion. No necesitaba la ley dar mas esplicaciones sobre un punto que es de derecho comun.

Art. 8.° *Si las obras de que tratan los anteriores artículos fuesen póstumas, la duracion de los términos arriba fijados, empezará á contarse desde el dia en que por primera vez hayan salido á luz. Para los efectos de este artículo, se estimará póstuma una obra publicada durante la vida del autor, si despues se reprodujese con adiciones ó correcciones del mismo.*

Este artículo consulta, como es debido, el interés de la familia de un escritor; el término para las obras póstumas se cuenta no desde su muerte, sino desde la última publicacion; para regularle nó hay mas que ver si son originales ó traducidas, etc. Es tambien equitativo en cuanto considera como obra póstuma una obra publicada en vida del autor, si despues se reproduce con adiciones ó correcciones del mismo. Por manera que aunque se publique diez ó veinte años despues de su muerte, el término de cincuenta ó veinticinco años principia desde el dia que se dió á luz en la nueva forma, ó sea con sus adiciones ó correcciones.

Art. 9.° *Los editores de las obras anónimas ó seudónimas, gozarán de los mismos derechos que quedan reconocidos á los autores; pero si en cualquier periodo del disfrute probasen estos ó sus derecho-habientes que les pertenece la propiedad, entrarán en su pleno y entero goce por el tiempo que falte hasta completarse el plazo respectivamente fijado á cada clase de obra por los anteriores artículos.*

No es equitativa la opinion de los que creen que la obra anónima debia caer bajo el dominio del público: no habria sido justa la ley que así lo hubiese dispuesto; puede ser muy conocido el autor de una obra anónima y convenirle ocultar su nombre, lo cual es permitido, porque al autor no se le exige su firma. Pero en tales obras, respetando el incógnito, se tiene por propietario al editor, quien por su concepto ó por el de cesionario que se le supone, ejerce los derechos de propiedad hasta que los herederos ó derecho-habientes del autor prueben esta cualidad. Una vez que así sea, entrarán en su pleno y entero disfrute, pero solo por el tiempo que falte hasta completar el plazo; otra cosa no habria sido posible, sopena de doblar el plazo.

Art. 10. *Nadie podrá reproducir una obra ajena con pretesto de anotarla, comentarla, adicionarla, ó mejorar la edicion sin permiso del autor. El autor de adiciones á anotaciones á una obra ajena, podrá, no obstante, darlas á luz por separado, en cuyo caso será considerado como su propietario.*

No debia consentir la ley que uno con pretesto de anotar, comentar ó adicionar una obra, la reprodujese, porque es tanto como hacer actos de dominio en propiedad ajena. Poco menos que ilusorio seria el derecho del autor si otro le tuviese para llamarse á la parte en una obra bajo el pretesto de sus comentarios. No se opone la ley á que se escriban, no impide cualquier trabajo que complete ó mejore un libro, pero será cuando así plazca á sus autores y se convengan en un acto que debe ser hijo de su voluntad y no de la ley, y aun sin esto cuando el autor de las adiciones ó anotaciones las publique por separado; la obra constituye entonces una verdadera creacion, y el autor es un nuevo propietario.

Las glosas ó notas de un libro que ha recaido bajo el dominio público, producen una verdadera propiedad si se han escrito con la conveniente separacion; si se han puesto intercaladas de modo que estén confundidas en el texto, se presume que el autor no quiso reservarse la propiedad, y se consideran como accesorio de lo principal: mas aunque tal sea la

opinion de algunos, nosotros no la seguimos, porque ó ha de ser insignificante el trabajo, ó si algo vale, no es de presumir que se emplee renunciando á su utilidad, ó sea dejándole á disposicion del primer ocupante.

Art. 11. *El permiso del autor es igualmente necesario para hacer un estracto ó compendio de su obra. Sin embargo, si el estracto ó compendio fuese de tal mérito é importancia, que constituyese una obra nueva ó proporcionase una utilidad general, podrá autorizar el Gobierno su impresion, oyendo préviamente á los interesados y á tres peritos que él designe. En este caso el autor ó propietario de la obra primitiva tendrá derecho á una indemnizacion, que se señalará con audiencia de los mismos interesados y peritos, y se fijará en la misma declaracion de utilidad, que deberá hacerse pública.*

Por sobresaliente que sea un compendio estracta y desfigura el pensamiento de otro, y eso debe únicamente serle permitido al autor. El artículo que así lo previene es razonable. Publicar el compendio de una obra ajena, diremos con el último adicionador de Febrero, es afectar la responsabilidad del autor casi tanto como le afecta una publicacion de la obra original, es emplear en una especulacion pecuniaria una propiedad ajena, aprovecharse de los trabajos de un autor para formar contra él una concurrencia mercantil que casi siempre le será peligrosa, porque siendo el compendio menos estenso, y estando por su poco precio al alcance de muchos mas lectores, podrá disminuir ó paralizar la venta de la obra original.

Pudiera ser el compendio un trabajo tan notable que por su estilo, por el plan y por el título pareciese una obra nueva: el Gobierno, consultando entonces el bien público, podrá autorizar su impresion, mas para que se vea que ni aun así olvida el derecho del autor, dispone que se oiga á los interesados y tres peritos, y que se conceda al autor una indemnizacion con acuerdo de estos mismos.

Art. 12. *Las leyes, decretos, reales órdenes, reglamentos, y demás documentos que publique el Gobierno en la* Gaceta *ú otro papel oficial, podrán insertarse en los demás periódicos y*

en otras obras en que por su naturaleza ú objeto convenga citarlos, comentarlos, criticarlos ó copiarlos á la letra; pero nadie podrá imprimirlos en coleccion sin autorizacion espresa del mismo Gobierno.

Tiene el artículo por especial objeto impedir los errores intencionales y casuales que pudieran alterar las disposiciones legislativas, si se dejara al arbitrio de los particulares coleccionarlas por espíritu mercantil. Recordarlas con otra idea, citarlas, comentarlas, criticarlas, y copiarlas á la letra no puede impedirse á nadie, pues las resoluciones soberanas se dan para la observancia, pero no son de la propiedad del Gobierno, ni de los particulares.

Por real órden de 18 de Agosto de 1850 se ha recordado el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12 de esta ley, mediante haberse observado que se infringia, ora formándose coleccion de las citadas leyes, ora insertándolas en los periódicos fuera del artículo de oficio, de modo que pudieran irse compilando.

Art. 13. *Ningun autor gozará de los beneficios de esta ley, si no probase haber depositado un ejemplar de la obra que publique en la Biblioteca Nacional, y otro en el ministerio de Instruccion Pública, antes de anunciarse la venta. Si las obras fueren publicadas fuera de la provincia de Madrid, cumplirán sus autores ó editores con la obligacion que les impone este artículo, probando haber entregado los dos ejemplares al jefe político de la provincia, el cual los remitirá al ministerio de Instruccion Pública y á la Biblioteca Nacional.*

Aunque el depósito sea gravoso al escritor, la ley le establece de acuerdo con antiguas leyes, y segun decia el ministro de Instruccion Pública, como garantía y no como pena. El Gobierno tiene, mediante ese requisito, el medio de protejer al autor contra las defraudaciones, persiguiendo las obras contrahechas ó falsificadas. Omitir esta formalidad equivale á una renuncia implícita del derecho: 1.°, porque no puede uno ampararse bajo la proteccion de una ley que no observa: 2.°, porque se ha señalado una condicion para el reconocimiento de

un derecho, y es necesario cumplir la una para merecer el otro. La falsificacion de una obra antes ó sin haber llenado este requisito, seria como el hurto de cualquier otro género de mercancía, pero de mas difícil persecucion por ser de mas difícil prueba.

Para la mejor observancia del artículo y con el fin de procurar medios de que en todo tiempo conste la entrega de los ejemplares exigidos, se dictó en 1.° de Julio de 1847 una real órden circular que contiene varias disposiciones: 1.ª, los que publiquen en Madrid alguna obra, entregarán un ejemplar de ella en el ministerio de Comercio, Instruccion y Obras Públicas, en el que se abrirá un registro donde consten las que se presenten, espresándose el título de la obra, su autor ó editor, el tomo ó cuaderno entregado, la oficina donde se haya impreso, la forma ó tamaño y el dia de la entrega, debiendo estar foliadas y rubricadas por el archivero las hojas de este registro: 2.ª, á los autores ó editores se les entregará un recibo con las mismas circunstancias que las anotadas en el registro, y con espresion además del fólio y número del asiento, cuyo recibo lo firmará el propio archivero para que en todo tiempo obre los efectos que la ley previene: 3.ª, en todas las secretarías de los gobiernos políticos habrá otro registro igual para los mismos efectos, cuyas hojas foliadas rubricará el jefe político: 4.ª, el mismo jefe entregará firmado por él al autor ó editor un recibo semejante al del artículo: 5.ª, tanto el archivero como el jefe político firmará un duplicado de los recibos que entreguen, haciéndolo tambien el autor, editor ó comisionado que presente la obra: 6.ª, los jefes políticos remitirán mensualmente al ministerio los duplicados que obren en su poder, acompañados del índice correspondiente, en la inteligencia de que la numeracion de todos ha de ser correlativa é igual á la de los recibos entregados á los autores ó editores. Estos duplicados y los del archivo se conservarán legajados en este en el órden conveniente, y cuando en todo el mes no se hubiese entregado obra alguna, lo participarán tambien al Gobierno: 7.ª, los referidos jefes remitirán

con los recibos duplicados y sus indices, los dos ejemplares de que habla el art. 13 de la ley, quedando al cuidado del archivero entregar á la Biblioteca Nacional el que le corresponda: 8.ª, en Madrid los autores ó editores entregarán directamente á la Biblioteca el espresado ejemplar, llevando el establecimiento su recibo correspondiente y dando los recibos, en virtud de lo cual quedará el gobierno político de la provincia libre de esta obligacion.

- Art. 14. *Cuando fenezca el término que concede esta ley á los autores ó editores, y á sus herederos ó derecho-habientes, ó no conste el dueño ó propietario de una obra, entrará esta en el dominio público.*

Es el efecto inmediato de haber declarado temporal este derecho: concluido el término señalado para su disfrute, ó tambien cuando muriese el autor sin tener herederos ó derecho-habientes, la obra entra en el dominio público.

Art. 15. *Para los efectos de esta ley, no pierde su derecho de propiedad el autor español de una obra por haberse publicado fuera del reino por primera vez. Sin embargo, las obras en castellano, impresas en pais estranjero, no podrán introducirse en los dominios españoles sin prévio permiso del Gobierno, que no le dará sino para 500 ejemplares, á lo mas, y esto con sujecion á la ley de aduanas, y cuando la obra sea de utilidad é importancia.*

La materia de este artículo habia sido objeto de repetidas leyes. El decreto de las Córtes de 22 de Julio de 1823, en su art. 18 establece que las obras de españoles impresas en el estranjero que sean de propiedad comun, ó que teniendo dueño se hayan impreso allí con su anuencia, pueden introducirse y venderse en España, pagando los derechos establecidos ó que se establezcan en el arancel de aduanas. El artículo redactado en los mismos principios es útil al autor, cuya propiedad respeta sin atender á su orígen, y cuyos recursos aumenta si por cualquier accidente tuviese necesidad ó esperase beneficios de publicar un libro fuera de su patria.

De las obras dramáticas.—Las obras dramáticas son sus-

ceptibles de doble propiedad: no son diferentes de otras producciones literarias por lo que toca á la imprenta; pero convenia asegurar los derechos del autor en la ejecucion ó cuando se ponen en escena. De esta parte se ocupa la ley en los términos siguientes:

Art. 16. *Las obras dramáticas quedan sujetas á las disposiciones contenidas en el título I de esta ley, respecto al derecho de reproducirlas.*

El artículo, despues de lo que hemos dicho, no exige comentario.

Art. 17. *Respecto á la representacion de las mismas en los teatros, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Ninguna composicion dramática podrá representarse en los teatros públicos sin el prévio consentimiento del autor. 2.ª Este derecho de los autores dramáticos durará toda su vida, y se trasmitirá por 25 años contados desde el dia del fallecimiento á sus herederos legítimos ó testamentarios, ó á sus derecho-habientes, entrando despues las obras en el dominio público respecto del derecho de representarlas.*

En el primer número observamos dos cosas: 1.ª, que ninguna composicion, sea de la índole que quiera, se puede poner en escena sin permiso del autor: 2.ª, que el artículo habla de teatros públicos, de modo que si no puede prohibirse la representacion hecha por motivos de distraccion en teatros privados ó caseros, se prohibe de conformidad con las reales órdenes de 8 de Abril de 1839 y 4 de Marzo de 1844, que en este punto no han sido derogadas, en teatros donde se exige para entrar una retribucion pecuniaria.

El término concedido á los herederos es de 25 años; término sumamente corto, aunque es próximamente el que señalan otras legislaciones. Sabemos que eso no influye en el término señalado al derecho de copia y de reproduccion, pero sin negar el valor que estas obras puedan tener en venta; la verdadera utilidad para los autores está en la representacion; ¿y no es lástima que tanto se limite el derecho del autor? ¿No es lástima que en tan poco tiempo vea pasar á manos estrañas

y para enriquecer á personas desconocidas, el fruto de largas vigilias, y lo que es peor aun, el motivo de incesantes preocupaciones?

Respecto de las obras dramáticas póstumas, conviene esplicar el artículo octavo de modo que produzca resultados positivos en beneficio de los herederos del autor ó sus derecho-habientes: póstuma se llama una obra dramática cuando aunque estuviese impresa, no se hubiera representado en vida del autor. Por este órden convendrá ir haciendo aplicaciones de aquel artículo al presente para que no decrezca el término de una posesion que es de suyo bastante reducido.

Para ceñirnos dentro del límite que la ley marca á nuestras indicaciones y que exige además la brevedad de la obra, tenemos que renunciar á dar cuenta de reglas y casos especiales decididos por los reglamentos de teatros.

Art. 18. *Lo prevenido en los dos artículos anteriores sobre la reproduccion de las obras dramáticas y su representacion en los teatros, es aplicable á la reproduccion y representacion de las composiciones músicas.*

No puede ofrecer el artículo dificultades como no sea por los arreglos de esta clase de producciones. Pero la defraudacion lo mismo existe cuando se ejecuta una partitura completa, que cuando se toman piezas separadas.

PENAS.—Art. 19. *Todo el que reproduzca una obra ajena sin el consentimiento del autor ó del que le haya subrogado en el derecho de publicarla, quedará sujeto á las penas siguientes: 1.ª A perder todos los ejemplares que se le encuentren de la obra impresa fraudulentamente, los cuales se entregarán al autor de la obra ó á sus derecho-habientes. 2.ª Al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere sufrido el autor ó dueño de la obra. La indemnizacion no podrá bajar del valor de 2,000 ejemplares. Si se probase que la edicion fraudulenta, ha llegado á este número, el resarcimiento no bajará del valor de 3,000 ejemplares, y asi sucesivamente, entendiéndose siempre por valor de ejemplar el precio á que el autor ó su derecho-habiente venda la edicion legítima. 3.ª A las costas*

del proceso. En caso de reincidencia se añadirá á estas penas una multa, que no podrá bajar de 2,000 *reales, ni esceder de* 4,000. *En caso de reincidencia ulterior, se añadirá á las penas señaladas en los párrafos anteriores la de uno ó dos años de prision correccional.*

A este título se hicieron varias observaciones: un señor Senador le creia innecesario, pues tratándose, precisamente por aquella época, de la publicacion de un Código criminal, no parecia conveniente que cada nueva ley tuviera su penalidad aparte. Publicado dicho Código que castiga espresamente el mismo delito, tenia que ocurrir el conflicto anunciado ya en aquel alto Cuerpo Colegislador. Esto prescindiendo del peligro de que apartándose del principio de unidad faltase, como ha sucedido, la debida y relativa proporcion de las penas: la comparacion de la ley con otras del Código justifica el concepto del Sr. Ondovilla quien la calificó de escesivamente dura.

Pero la ley habria salido defectuosa si se hubiese omitido esta parte. Debia regir y rigió, siquiera fuese con carácter transitorio, hasta la publicacion del Código que es la ley vigente, porque la enmienda ó alteracion hecha en el artículo 7.° no ha podido derogar el art. 457 que señala la pena del art. 455 para los que cometieren alguna defraudacion en la propiedad literaria ó industrial.

Art. 20. *A las mismas penas quedan sujetos:* 1.° *Los que reproduzcan las obras de propiedad particular impresas en español en paises estranjeros.* 2.° *Los autores de estas obras que las introduzcan en los dominios españoles sin permiso del Gobierno, ó en mayor número de ejemplares de los que hayan sido fijados en el permiso mismo.* 3.° *El impresor que falsifique el título ó portada de una obra, ó que estampe en ella haberse hecho la edicion en España, habiéndose verificado en pais estranjero.* 4.° *El propietario de un periódico que usurpe el título de otro periódico existente.*

Cada uno de estos números tiene su razon especial: el 1.° garantiza la propiedad declarada por el 15 al español que imprime una obra en el estranjero: el 2.° se dirige á evitar los

perjuicios que sufriria la industria española, si se permitiese la introduccion de un número indeterminado de dichas impresiones: el 3.° se funda en la presuncion de sospecha que produce una alteracion en el título, portada etc. El 4.° procede de haberse creido, y no sin motivo, que el título de un periódico lleva consigo la reputacion y la clientela.

Art. 21. *En caso de que no parezca el editor fraudulento de una obra, ó de que por muerte, insolvencia ú otra causa no puedan hacerse efectivas estas penas, recaerán ellas sobre el impresor, á quien además se cerrará sus establecimientos, si por tercera vez incurriera en la misma falta.*

Pareció este artículo demasiado severo porque no es difícil que un impresor acepte por sorpresa, y se encargue de imprimir una obra fraudulenta, que le entrega persona no solo no sospechosa, pero de la cual aun se sabe que tiene conocimientos en la materia.

Sin embargo, el artículo se aprobó, porque en concepto de la Comision el caso parecia poco probable, sobre todo no tratándose de un manuscrito, sino de la reimpresion de una obra impresa.

Art. 22. *Para la aplicacion de las anteriores disposiciones penales se considerarán como autores todas las personas ó cuerpos en quienes reconoce esta ley el derecho esclusivo de publicar y reproducir obras durante mas corto ó mas largo periodo.*

La ley como garantía de un derecho debia comprender á todos aquellos en cuyo favor se hallase establecido. Asi se dice en el artículo para evitar dudas, no porque el caso ofreciese dificultad.

Art. 23. *El empresario de un teatro que haga representar una composicion dramática ó musical sin prévio consentimiento del autor ó del dueño, pagará á los interesados por via de indemnizacion una multa que no podrá bajar de 1,000 reales, ni escederá de 3,000. Si hubiese además cambiado el título para ocultar el fraude se le impondrá doble multa.*

El presente artículo está en relacion con el 19, y determi-

na la pena que es peculiar de una defraudacion á que solo están espuestas las obras dramáticas y músicas.

ART. 24. *En todos estos juicios se procederá por los juzgados de primera instancia, con apelacion á los tribunales superiores de la jurisdiccion ordinaria y derogacion de cualquier fuero privilegiado.*

De este artículo solo podemos decir que le hallamos ajustado á los buenos principios que rigen en materia procesal.

ART. 25. *Cuando el autor ó propietario de una obra sepa que se está imprimiendo ó espendiendo furtivamente, podrá pedir ante el juez del partido donde se cometa el fraude, que se prohiba desde luego la impresion ó espendicion de la misma, y el juez deberá acceder á ello en los términos y por los trámites de derecho.*

El juicio preventivo de que aquí se trata es independiente del penal: ni se diga que este es innecesario descubierta é impedida la defraudacion, porque el hecho, como delito, admite una calificacion, y puede tener una pena.

DISPOSICIONES GENERALES. ART. 26. *El Gobierno procurará celebrar tratados ó convenios con las potencias estranjeras que se presten á concurrir al mismo fin de impedir recíprocamente que en los respectivos paises se publiquen ó reimpriman obras escritas en la otra Nacion, sin prévio consentimiento de sus autores ó legítimos dueños, y con menoscabo de su propiedad.*

Tan fácil como es defender la propiedad de un campo que se cerca, es difícil, si falta buena fé, resguardar de una usurpacion las obras de la inteligencia, que se estienden como la luz, que no reconocen fronteras, que llegan á todas partes. La justicia exije, como dice el anotador de Febrero, «que se conserve la propiedad de las obras do quiera se derrame el beneficio de la ilustracion que llevan consigo. El régimen que circunscribe el derecho del autor al estado á que pertenece, ofende á la justicia, privando á las mas nobles tareas de su recompensa; hiere al autor en sus sentimientos mas delicados esponiendo sus obras á las interpolaciones de la ignorancia, y

compromete los intereses mas altos, desanimando tal vez al talento que podria contribuir al bienestar, al progreso intelectual y á los placeres de la humanidad.»

Pero á este resultado solo podia aspirarse por la uniformidad de principios. Hoy que se va consiguiendo y que se halla casi reconocida la reciprocidad de la proteccion contra las reimpresiones de las obras publicadas en los distintos pueblos; hoy existen condiciones que antes no existian para celebrar dichos tratados; hoy puede el Gobierno lisonjearse con la esperanza de que no solo existirán los que tiene celebrados, sino que aprovechára para verificar otros nuevos, la mayor facilidad de las relaciones internacionales, el espíritu mercantil que inspira en todas partes los mismos recelos y exije las mismas precauciones, y la analogía, que toca en la identidad, de la mayor parte de las leyes é instituciones modernas.

Art. 27 *Los efectos y beneficios de esta ley comprenderán á todos los propietarios de obras que no hayan entrado en el dominio público.*

Por esta disposicion reviven los derechos, casi caducos, de los autores, y se establece en favor de los familias un beneficio que no tenian asegurado sus antepasados. Se creyó innecesario este artículo, pero el ardor de la especulacion no escucha razones, convenia dar armas de defensa á los propietarios sobre cuyas obras pudiera moverse cuestion de si habian entrado ó no en el dominio público.

Art. 28. *El que haya comprado al autor la propiedad de una de sus obras, gozará de ella durante el término fijado por la legislacion hasta hoy vigente. Al cumplirse este plazo volverá la propiedad al autor, que la disfrutará por el tiempo que falte para completar el que para cada clase de obras fija la presente ley.*

Hubo dificultad para convenir en el principio del artículo anterior, pues la materia ofrecia el peligro de dar en un estremo por evitar otro, de privar de sus derechos al autor por conceder mas de lo justo al cesionario, ó vice-versa. El medio propuesto nos parece el mas seguro: el comprador de

una obra no podia estender su propiedad mas allá del término fijado por la legislacion vigente cuando celebró el contrato; el aumento de tiempo debe ser un beneficio del autor, porque cuando enajenó su obra, ni él pudo vender ni el cesionario pudo adquirir lo que en aquella ocasion no era objeto de precio, porque ni aun lo era de esperanza.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 4 de Diciembre de 1861 está declarado: Que se entiende por propiedad literaria el derecho esclusivo que compete á los autores de escritos originales, para reproducirlos ó autorizar su reproduccion por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas, ó por cualquiera otro semejante. Que con arreglo al art. 10 de la ley de 10 de Junio de 1847, está prohibido reproducir una obra ajena, sin permiso de su autor, con pretesto de anotarla, comentarla, adicionarla, ó mejorar su edicion. Y que cuando la reproduccion no es del escrito original de la misma obra que se supone plagiada, sino de la idea y método que sirvió de base para su publicacion, no hay plagio, siempre que se acredite que aquella idea ó aquel método se habian seguido en otras obras, anteriores á la que se dice plagiada.

Tratádos internacionales.—El celebrado con Francia en 15 de Noviembre de 1853, consta de 18 artículos: en los cuales se marca el plazo de proteccion á las obras que comprende: se habla de traducciones é imitaciones hechas de buena fé; se marcan las formalidades que se han de cumplir para no perder el derecho de propiedad, y se establecen reglas de introduccion de obras en ambos paises.

El de Inglaterra, firmado en 7 de Julio de 1857, se compone de 14 artículos y un anejo: en él quedan igualados los autores españoles y los ingleses; se designan las obras protegidas; se habla de las traducciones; se prohibe y pena la introduccion fraudulenta, y finalmente, se exige que los impresores de las dos naciones pongan en la portada el lugar de la impresion.

El de Bruselas, su fecha 30 de Abril de 1859, comprende 16 artículos por el estilo de los anteriores, si no es en alguna

particularidad tal, por ejemplo, como emplear en el 10 la antigua y famosa cláusula de «nacion mas favorecida, etc.»

La base de todos estos tratados es la misma, por lo que para no copiarlos y dar sin embargo una idea de su contenido, pondremos á continuacion el estracto de los celebrados últimamente con Cerdeña y con Portugal.

Convenio entre España y Cerdeña.—Se celebró en 9 de Febrero de 1860 y fué ratificado por S. M. en 20 de Abril siguiente. Segun dicho convenio, los autores de obras literarias, científicas y artísticas, y sus derecho-habientes, á quienes las leyes de ambos Estados conceden en el dia ó concedieren en lo sucesivo el derecho de propiedad ó de reproduccion de sus obras, tendrán facultad de ejercitarle respectivamente en Cerdeña y en España, durante el tiempo y con la limitacion que en cada nacion se ejerce el derecho concedido á los autores, los cuales gozarán los mismos derechos y garantías que los que disfrutaren los autores nacionales, pudiendo reservarse tambien el derecho de traduccion por espacio de cinco años á contar desde la primera publicacion de la obra traducida, con tal que se anuncie en la portada del original la reserva de aquel derecho, y se haga uso de él á lo mas en el término de tres años, que empezarán á correr desde que hubiere sido registrada ya en Madrid en el Ministerio de Fomento, si la publicacion se dió á luz por primera vez en Cerdeña, ya en Turin, si lo hubiese sido en España.

La omision de este requisito impide á los autores y traductores el que puedan reclamar su derecho.

Las mismas disposiciones tienen lugar en la representacion de obras dramáticas, y en la ejecucion de las composiciones musicales, en todo aquello que las leyes de los dos paises puedan ser aplicables á las referidas obras. Respecto á las traducciones de las dramáticas, será preciso que se publiquen en los tres meses siguientes al registro y depósito de la obra orginal.

Será una circunstancia precisa para poder reclamar la propiedad, que se observen fielmente las leyes y reglamentos que

rijan en la respectiva nacion. Tampoco se concederá proteccion, escepto en las obras dramáticas y composiciones musicales manuscritas á los autores y traductores, hasta tanto que hayan hecho entrega gratuita de un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Madrid, ó en su caso, en el Ministerio de lo Interior en Turin.

La importacion y venta de ejemplares fraudulentos serán castigadas con las penas que las leyes del pais en que tengan lugar, señalan contra los culpables de iguales delitos cometidos respecto á una obra ó reproduccion de origen nacional.

Por último, dicho convenio durará solo seis años, á contar desde 1.° de Setiembre de 1860 en que empezó á regir, pero se considerará prorogado sucesivamente por un año mas, mientras que una de las potencias contratantes no manifieste su intencion de que concluya doce meses antes de espirar el término convenido.

Convenio entre España y Portugal.—Fué celebrado en 5 de Agosto de 1860, ratificado en 20 de Abril de 1861 y publicado en 22 del mismo. Por este convenio igual que por los anteriores, se concede el derecho de propiedad literaria por el tiempo, y con las mismas condiciones que las leyes de cada pais le concedieren á los autores nacionales, á los que lo fueren de obras literarias y artísticas, publicadas en uno de los dos paises en el territorio del otro, declarándose obras literarias y artísticas para los efectos del convenio los libros, las composiciones dramáticas y musicales, la pintura, el dibujo, el grabado, la escultura, la litografía y todas las producciones que merezcan aquella denominacion. Se concede á los autores proteccion contra las reproducciones, publicaciones de sus obras, importacion y venta de ejemplares fraudulentos.

Igual proteccion se concede á las traducciones, prohibiendo su reproduccion sin consentimiento del traductor, aunque no las nuevas versiones. Se reserva á los autores originales el derecho de traduccion, quienes disfrutarán el privilegio esclusivo por espacio de cinco años, con tal que cumplan los requisitos siguientes: 1.°, anunciar en la portada del primer volú-

men ó de la primera entrega de la obra, la intencion de reservársele: 2.°, cumplir con las formalidades del depósito y registro en los puntos designados en Madrid y Lisboa, en el término de seis meses; y 3.°, comenzar por lo menos á publicar la traduccion en el término de un año contado desde la fecha del registro y acabarla en el de tres.

Las mismas disposiciones son aplicables á la representacion de obras dramáticas y á la ejecucion de composiciones musicales representadas ó ejecutadas públicamente por primera vez en uno de los dos paises. Mas para que los autores y traductores disfruten de este derecho en las obras publicadas por primera vez, deberá ser registrado y depositado un ejemplar en el término de seis meses, desde su publicacion en Madrid y Lisboa, en los puntos señalados por los respectivos Gobiernos, y otro además en las Bibliotecas públicas de Lisboa y la Nacional de Madrid.

Tambien es preciso para disfrutar estos derechos que en la portada de la obra se designe el lugar en que se hizo la impresion. Finalmente, el convenio tendrá fuerza y valor por espacio de seis años, pero se considerará prorogado indefinidamente hasta que uno de los Gobiernos contratantes manifieste oficialmente y con un año de anticipacion su ánimo de ponerle término ó de introducir en él algunas alteraciones.

Artículo 4.°

Propiedad industrial.

Diremos las menos palabras posibles acerca de esta propiedad que se trata con la debida estension en el derecho administrativo. Buena es la libertad de las industrias, pero serian menores sus progresos sin el estímulo que anima y vivifica todas. Este objeto que en nada se opone á aquella libertad, pueden tener los privilegios que por mas ó menos tiempo dejan á favor de un hombre laborioso todas las ventajas de una nueva invencion, de un nuevo procedimiento.

Sus especies.—Son los privilegios de tres clases: de invencion, de perfeccion y de introduccion. Los privilegios de invencion tienen por objeto todo producto ó procedimiento fabril no practicado en España ni en el estranjero. El de introduccion protege la fabricacion en España de aquellos objetos, instrumentos, herramientas etc., conocidos en el estranjero y recaen solo en la parte que no estuviere practicado en España, y sin perjuicio de los adelantos sucesivos *(Real dec. de* 27 *de Marzo de* 1826*)*. El de perfeccion, que exige mútuo acuerdo entre los interesados, supone alguna variacion que aumente su utilidad.

Todos han de recaer sobre los medios de ejecutar y producir, y nunca sobre los mismos productos, pues si de otro modo se inventan ó fabrican, puedan elaborarse libremente *(Art.* 5.°*)*. Se refieren siempre á procedimientos industriales sobre materia licita, de tal suerte que mientras no se haga aplicacion inmediata á las artes, el producto de la inteligencia no puede ser objeto de privilegio.

Su duracion.—Los privilegios de invencion se conceden por cinco, ò quince años á voluntad de los agraciados: los de introduccion solo por cinco: los concedidos por diez ó quince años son improrogables: los de cinco son prorogables por otros cinco mediante justa causa *(Art.* 4.°*)*. Los términos comienzan á correr desde la fecha de la Real Cédula de concesion *(Art.* 20*)*.

Efectos.—Los privilegios dán al agraciado la propiedad esclusiva del objeto que la motiva, el cual en la parte nueva ó no practicada no puede ser realizada por otro sin su conocimiento *(Art.* 15*)*, desde que se presentaron los documentos para obtener el privilegio *(Art.* 16*)*. Mas para esto la Real órden de 11 de Enero de 1849 exige que el interesado acredite por justificacion hecha ante el gobernador haberle puesto en práctica dentro de un año y un dia contado desde la fecha de la Real Cédula de concesion.

Toda clase de privilegios puede trasmitirse de la misma manera que los demás derechos por testamento ó abintestato

(Art. 17, R. decr. de 27 *de Marzo* 1826). Cuando el derecho esclusivo se trasmita por contrato debe otorgarse escritura pública y presentarse al gobernador dentro de treinta dias bajo pena de nulidad, para que éste la remita al director del Conservatorio, quien hará anotar el acto en el registro *(Artículo* 18 *y* 19).

Caducidad.—Caducan los privilegios: 1.° Por concluir el tiempo de la concesion; 2.° Por no presentarse á sacar la Real Cédula dentro de los tres meses siguientes al dia en que se solicitaron; 3.° Por no usarlo dentro del año y un dia de la concesion.

§ FINAL.

Expropiacion por causa de utilidad pública.

Artículo 1.°

Su exámen.

De este punto, que tratan con grande estension los autores de Derecho Administrativo, se ocupan someramente los escritores de Derecho Civil: esto nos impone de la necesidad de limitarnos, porque no se diga que invadìmos ajena jurisdiccion. Pero punto es íntimamente unido con la propiedad, y si hemos tratado de esta, y su desarrollo, y su forma, necesario es que emitamos nuestro juicio sobre la violencia de un derecho que constituye su ruina, su destruccion, su muerte.

La palabra expropiacion es hoy el terror de los propietarios; suena á sus oidos como una trompeta de esterminio que les priva á la vez de la dulce satisfaccion de los recuerdos y de una base de esperanza. Se paga á metálico lo que no tiene precio para el corazon: la casa que fué nuestra cuna, el campo que cultivó nuestro padre, el campo y la casa destinados á acojer bajo su sombra á toda una descendencia.

Este sacrificio se le exije al propietario en nombre de la pública utilidad, lo cual hace su pérdida mas sensible, porque

se le causa un daño y no se le da una satisfaccion. ¿Es satisfaccion, por ventura, una escusa que ni á tomar se atreve el nombre de justicia, que ha parecido detestable en las obras de los filósofos que hacen de la utilidad el derecho? ¿es satisfaccion un principio que hoy se pone al servicio de la novedad, y que sacrifica pueblos y comarcas, y tala montes y asola valles, y ni respeta el curso de los rios en diciendo que asi lo exije la pública utilidad?

Cuidado que la propiedad no tiene ya mucho que perder: se ha destruido de un modo por ser feudal; se ha repartido de otro por ser vincular; se la ha hecho libre para que en fuerza de ser dividida valga menos: hay escuelas que la niegan y otras que brindan con ella al pueblo que la acecha, como el general en víspera de una batalla ofrece á sus soldados el botin; cuidado, volvemos á repetir, no pierda el legislador de vista estas circunstancias, porque los tiempos cambian y los gobiernos mudan, y si se repiten *sin gran necesidad* los ejemplos, de temer es que se autoricen otros para el despojo con el mismo principio de utilidad de que hoy se valen algunos para la expropiacion.

Ni somos enemigos de los adelantos, ni somos opuestos á las mejoras: evitesenos contestar á este reproche, porque no somos tan ciegos que no veamos ciudades renovadas, campiñas enriquecidas, montes perforados, obras gigantescas, la vida, en una palabra, y el movimiento, que es la conquista de los tiempos, y que hace necesario, y mas que necesario, sagrado aquel principio.

Hemos querido decir, y de esa idea no nos apartaremos nunca, porque ni la creemos retrógrada ni absurda, que el lujo no se sustituya en el puesto de la necesidad; que no se llame utilidad á lo que es capricho; que el Estado, hoy mas poderoso que en otros tiempos, no abuse de sus medios de accion, y que despues de habér abatido clases y privilegios que le hacian sombra, no ponga mano en los derechos sin enterarse primero y convencer á todos, de su razon y de su justicia. Se nos figura que bien podémos sostener lo que implici-

tamente reconocieron los primeros innovadores del mundo. Los convencionales franceses tuvieron menos reparos en contar la propiedad entre los derechos del hombre, qué dificultades les ofreció conceder al Estado el derecho de disponer de ella. Seamos comedidos ya que pedimos menos de lo que ellos exigian para permitir la expropiacion forzosa. La declaracion de los derechos del hombre de 24 de Junio de 1793, dice en el art. 19: «Ninguno puede ser privado de la menor porcion de su propiedad sin su consentimiento, sino es cuando la *necesidad pública legalmente acreditada*, lo exija *evidentemente* y bajo la condicion de una *justa* y *prévia* indemnizacion.

Artículo 2.°

Precedentes legales.

En la ley 2.ª, tít. I, Part. II, se leen las siguientes palabras que tienen relacion con la materia: .....*Otrosi decimos, que cuando el emperador quisiese tomar heredamiento ó alguna otra cosa á algunos para si ó para darlo á otro; como quier que él sea señor de todos los del imperio, para ampararlos de fuerza é para mantenerlos en justicia, con todo eso non puede ël tomar á ninguno lo suyo sin su placer, si non ficiese tal cosa, porque lo debiese perder segun ley. E si por aventura gelo oviese á tomar por razon que el Emperador oviese menester de facer alguna cosa en ello que se tornase á pro comunal de la tierra, tenido es por derecho de le dar ante buen cambio que vala tanto ó mas de guisa que el finque pagado á bien vista de omes buenos.....*

La ley 31, tít. XVIII, Part. III, coincide con la anterior, pues hablando de las cartas que por ser contra derecho natural no pueden valér, dice: *tal seria si diesen por privilegio las cosas de un ome á otro non abiendo fecho cosa porque las debiese perder aquel cuyas eran. Fueras ende si el Rey las oviese menester por facer dellas ó en ellas alguna labor ó alguna cosa que fuese á pro comunal del reino; asi como si fuese alguna heredad en que*

oviesen á facer castillo ó torre ó puente, ó alguna otra cosa semejante que tornase á pro ó á amparamiento de todos ó de algun lugar. Pero esto deben facer en una destas dos maneras: dándole cambio por ello primeramente, ó comprando gelo segun que valiere.....

Son las leyes mas concretas que se registran en los Códigos; otras aunque inspiradas en el mismo espíritu de respeto hácia los bienes de los particulares, no entrañan la idea comprendida en el principio de expropiacion. La ley 5.ª, tít. I, lib. II del Fuero Juzgo, merece cualquier elogio, pero es por el número de ejemplos y la severidad de principios que consigna para *toller la cobdicia de los Príncipes.* La 3.ª, tít. IV, lib. III, Nov. Rec., se cita igualmente con aplauso, pero es porque declara nulas las cartas desaforadas para matar ó prender á alguno y tomarle los bienes.

Al lado de la propiedad que es un derecho fundamental, debia figurar la expropiacion por causa de utilidad como limitacion de ese derecho; el art. 10 de nuestra Constitucion política de 1845, declara que ningun español será privado de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad comun, prévia la correspondiente indemnizacion.

El Estado no se arroga por ello una facultad que no le corresponde: no una sino varias esplicaciones se dán para justificarlo. Con razon se desecha por frívola y por insuficiente la que invoca la 1.ª de las leyes de Partida antes citada. Siguiendo los vestigios de la ley régia, origen, segun algunos, de la potestad de los Emperadores, dice: *que maguer los romanos le otorgasen todo el poder é el señorío que habian sobre las gentes, con todo esso no fué su entendimiento de lo facer señor de las cosas de cada uno, de manera que las pudiese tomar á su voluntad.* Aunque los romanos hubieran concedido este monstruoso absurdo, no seria esa la causa ni la justificacion de su derecho. Mas fundadas parecen otras y aun esas mismas no pueden ser admitidas sin exámen: es comun en los autores y todavía mas en la práctica de los negocios oir hablar del dominio eminente del Estado ¿qué significa esa frase? ¿cuál

es el poder que al Estado compete sobre los bienes de los particulares? Al ciudadano pertenece la propiedad, al soberano el Imperio. *Omnia rex Imperio possidet, singuli dominio* (SÉNECA, lib. VII, cáp. IV y V, de *Beneficiis*). ¿Hay oposicion entre esta idea y aquella palabra que parece atribuir al Estado un dominio en las cosas de los particulares? Así lo han creido algunos ó para contradecir el principio ó para darle estremada latitud: pero ninguna de las dos conclusiones es aceptable. En las obras de Grocio y de Pufendorf que han tenido buen cuidado de esplicarse acerca del sentido que daban á esta palabra, no supone derecho alguno de propiedad, solo significa la facultad directiva que es inseparable del poder público. Sin salirse de esa facultad que no ataca las acciones de los individuos ni contraría sus derechos, que, en cuanto concierne á las cosas y las personas, procura lo mas justo y por consiguiente lo mas conforme á la utilidad general, la expropiacion es posible y legítima. «Graves motivos de utilidad pública bastan para que pueda decretarla, porque en la intencion razonablemente presumible de los que viven en una sociedad civil, está, que cada uno se obligue á hacer posible por algun sacrificio personal lo que es útil á todos; mas así como esto es evidente lo es tambien el principio de indemnizacion debida á aquel cuya propiedad es sacrificada por el bien público. Las cargas del Estado deben ser soportadas con igualdad y en justa proporcion. Ahora bien, toda igualdad, toda proporcion seria destruida si solo uno ó algunos fuesen obligados á hacer sacrificios quedando los demás dispensados de indemnizarlos» *(Disc. 43)*.

La dificultad de una buena legislacion consiste en hacer compatibles intereses que en momentos dados resultan en oposicion: veamos como ha sido resuelto este problema.

ARTÍCULO 3.º

Exámen de las disposiciones vigentes sobre expropiacion forzosa.

La ley de 17 de Julio de 1836 establece los requisitos que han de acompañar á todo acto de expropiacion.

Declaracion de utilidad.—Segun el art. 1.° no puede obligarse á ningun individuo, corporacion ó establecimiento de cualquiera especie á que ceda ó enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes: 1.° Declaracion solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública y permiso competente para ejecutarla. 2.° Declaracion de que es indispensable que se ceda ó enajene el todo ó parte de una propiedad para ejecutar la obra en proyecto. 3.° Justiprecio de lo que haya de cederse ó enajenarse. 4.° Pago del precio de la indemnizacion. Son obras de utilidad pública segun el art. 2.° las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, á una ó mas provincias ó á uno ó mas pueblos, cualesquiera usos ó disfrutes de beneficio comun; bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias ó de los pueblos, bien por compañías ó empresas particulares autorizadas en forma competente.

Como se hace la declaracion.—La declaracion de una obra de utilidad pública y el permiso para emprenderla serán objeto de una ley, siempre que para ejecutarla haya que imponer contribucion que grave á una ó mas provincias. En los demás casos basta con una Real órden á cuya espedicion han de preceder sin embargo: 1.° Publicacion en el *Boletin Oficial* respectivo, dando un tiempo proporcionado para que los habitantes del pueblo ó pueblos que se supongan interesados puedan hacer presente al gobernador civil lo que se les ofrezca y parezca; 2.° Que la Diputacion Provincial oyendo á los Ayuntamientos del pueblo ó pueblos interesados, esprese su dictámen y lo remita á la superioridad por mano de su presidente.

Designacion de terrenos.—Es consecuencia de la declaracion, por manera que no ha de preceder sino que ha de seguir al proyecto. Con este objeto el art. 1.° del Reglamento de 27 de Julio de 1853 para la ejecucion de la ley de expropiacion dispone que los alcaldes suministren las noticias necesarias acerca de los dueños de las propiedades; y luego que consten individualmente se les dará conocimiento por los alcaldes respectivos, pasándose la oportuna relacion al gober-

nador de la provincia, que la mandará insertar en el *Boletin Oficial*, prefijándoles un término perentorio é improrogable que no podrá bajar de diez dias para que presenten las reclamaciones que les convengan *(Art. 2.°, 3.° y 4.° del Reg.)*. El gobernador en union con la Diputacion Provincial se enterará para decidir sobre la necesidad de que el todo ó parte de la propiedad sea cedida para la ejecucion de la obra. Y una vez acordado que se verifique, si el dueño no se conformare con esta resolucion, y lo hiciese presente por solicitud ante el gobernador, esta autoridad debe, segun el art. 5.° de la ley, remitir original el espediente al Gobierno quien lo determinará definitivamente prévios los informes oportunos. El art. 6.° autoriza á los tutores, maridos, poseedores de vínculos para enajenar los bienes que administran sin mas obligacion que la de asegurar con arreglo á las leyes, las cantidades que reciban por premio de indemnizacion en favor de sus menores ó incapacitados.

Justiprecio.—Despues de las anteriores diligencias lo que procede es pasar al justiprecio, el cual deberá verificarse por peritos examinados, y á falta de estos, por prácticos del pais, debiéndose tomar en cuenta el valor de la propiedad y los daños y perjuicios que hayan de causarse á su dueño. En caso de diferencia se pondrán de acuerdo sobre nombramiento de un tercero, y si no convinieren, el juez le nombrará de oficio sin causar costas, y salvo el derecho de los interesados para recusarlos hasta por dos veces *(Art. 7.° de la ley, 5.°, 6.° y 7.° del Reg.)*. Si algun interesado no nombra perito, se entenderá que se conforma con el nombrado por la administracion. En la tasacion de fincas que solo han de ser expropiadas en parte, se atenderá el demérito que pueda resultar de la division y ocupacion parcial de la propiedad, á fin de abonar su menor valor como daños y perjuicios indemnizables comprendiendo en ellos los gastos de tasacion, instruccion de espediente, etc. *(Art. 9.° Reg.)*. La tasacion se comunicará á los dueños á fin de que manifiesten al gobernador su conformidad ó espongan de agravios, en cuyo caso resolverá éste por sí ó re-

mitirá las reclamaciones con su informe á la Direccion general de Obras Públicas *(Art.* 11).

Indemnizacion.—En tanto que no se satisfaga al propietario no puede ser desposeido en su posesion *(Art.* 8.° *de la ley,* 11 *Reg.).* Y si hubiese reclamacion de tercero por razon de enfitéusis, servidumbre, hipoteca, arriendo ú otro cualquier gravámen que afecte á la finca, se deposita su importe, reservando á los tribunales la declaracion de sus respectivos derechos. Además del precio de tasacion se abona al interesado un tres por ciento.

Para el pago del precio se espedirán libramientos que se entregarán á los interesados por mano de los alcaldes respectivos. Si tuvieren las fincas cargas reales, se procederá á la correspondiente liquidacion para repartir el precio entre quienes tengan derecho reconocido. Si practicándose las diligencias de reconocimiento y tasacion se enajenase ó trasmitiese la finca, se entenderán las sucesivas diligencias con el nuevo dueño *(Art.* 12 *y* 14 *Reg.).* Indemnizado el dueño, no se podrá poner obstáculo á la ejecucion de la obra por ninguna persona particular ni autoridad, y si ocurriese cualquier accidente imprevisto podrá el Gobernador suspender las obras bajo su responsabilidad, dando cuenta inmediata al Gobierno *(Art.* 15 *Reg.).* Si la obra que dió lugar á la expropiacion no se verificase y el Gobierno ó el empresario enajenasen las fincas expropiadas, el respectivo dueño será preferido en igualdad de precio á otro cualquier comprador *(Art.* 9.° *de la ley).* Las rentas y contribuciones correspondientes á los bienes que se enajenan forzosamente para obras de interés público, se admiten durante un año subsiguiente á la fecha de la enajenacion en prueba de la aptitud legal del expropiado para el ejercicio de los derechos que pueden corresponderle (*Art.* 10).

CAPITULO III.

DE LA POSESION.

---

§ INICIAL.

Razon de método.

Aunque hay gran parte de honra en declararse vencido por una materia difícil, evitaremos ser contados entre los autores de quienes dice Savigny que, ó dan en la desesperacion, ó se pierden en lamentaciones á causa de las dificultades casi invencibles que encuentran para tratar de la posesion.

Grave es la materia en el terreno científico, pero penetraremos en él con mas seguridad si en vez de dejarnos conducir por el génio de las utopias, tomamos por guia la ley. En materia tan práctica, todo ha sido objeto de disposicion escrita, todo ha entrado ya en los dominios de la jurisprudencia: la definicion, sus clases, sus requisitos, sus efectos; esto es lo que desean esplicar los intérpretes y necesitan conocer los jurisconsultos; esto es lo que con diferencia de método, hallamos en la ley. Y al decir ley hablamos de la que merece este nombre por escelencia, nos referinos al Código de Partidas, fuera del cual se hallan leyes sobre la prescripcion, la materia mas intimamente unida con la presente, no un título que como el XXX de la Part. III trate esclusivamente de la posesion.

§ I.

Idea filosófica de la posesion.

Ley 1.ª—[1] *Posesion tanto quiere decir como ponimiento de piés.* [2] *E segun dijeron los sábios antiguos, posesion es tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento.* [3] *Cá las cosas que no son corporales, así como las servidumbres que han las unas heredades en las otras*

é los derechos porque un ome demanda sus debdas é las otras cosas semejantes, propiamente no se pueden poseer ni tener corporalmente; mas usando dellas aquel á quien pertenece el uso, é consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera de posesion.

Como epígrafe difícilmente se halla otro mas completo que el de esta ley: pues declara en cuatro palabras el contenido de varios párrafos. Define etimológica y filosóficamente la posesion; inicia la diferencia entre posesion y cuasi posesion, y determina los requisitos *sine qua non* de este derecho.

Si nos fuera permitido recordar la tecnología escolástica, diríamos que la posesion con definicion de nombre, es: *ponimiento de piés*. No porque todos los autores acepten la misma etimología, pues Doneau, en el lib. V, cap. VI com., dice que proviene á *positione sedium*, y otros suponen que es un compuesto de dos palabras *possum et sedere*.

La posesion con definicion de cosa es: *tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento*. Como no sea bajo el aspecto civil no tiene fácil inteligencia esta ley, que confundiendo los principios filosóficos, llama á la posesion *tenencia derecha*, cuando en la posesion se prescinde de si hay ó no derecho, y á lo que se atiende es al hecho material. La sociedad está directamente interesada en respetar la posesion que es esee stado en el cual, segun Savigny, no solo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia en la cosa poseida, sino tambien alejar toda influencia estraña. Necesitamos recordar las palabras del jurisconsulto aleman, porque su teoría sobre la posesion ha sido favorablemente acogida y ha de servirnos de base para algunas esplicaciones. Ese estado que se llama la detentacion y que sirve de base á toda idea de posesion, no es de modo alguno en sí mismo objeto de la ley, ni su nocion es una nocion jurídica; pero inmediatamente se observa una relacion entre una y otra que la hace objeto de la ley. En efecto, siendo la propiedad la posibilidad legal de disponer de una cosa á nuestra voluntad y con esclusion de la de cualquier otro, la deten-

tacion constituye el ejercicio de la propiedad, y es el estado natural que corresponde al estado legal de la propiedad. De órden bien diverso seria la detentacion consecuencia de la posesion, si quedase reducida á un mero hecho; pero como es otra cosa mas que la simple tenencia, como es consecuencia y causa de ciertos derechos, es objeto de la ley en cuanto reune ó siempre que reuna con el acto material, el ánimo y la posibilidad de poseer, que es lo que denota la ley por las palabras *con ayuda del ánimo é del entendimiento*.

Admitida esta diferencia, la posesion será un hecho en tanto que no se funda, si no en una relacion puramente de hecho, y será un derecho, cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relacion puramente de hecho.

La cuasi posesion tiene lugar en las cosas incorporales, y consiste en el uso de uno y el sufrimiento de otro. En la posesion es de necesidad la aprehension, que se verifica por un acto corporal ó por un hecho; no hay, pues, error en el precepto legal, aunque la generalidad de los ejemplos que cita pudiera producirle. Preguntan los autores si todos los derechos pueden ser materia de posesion. Convienen en que los derechos reales pueden cuasi poseerse; mas no hay la misma uniformidad en cuanto á los derechos personales. Parece que no deben de ser objeto de la posesion, porque tampoco admiten el remedio que constituye su natural efecto, que es el interdicto. Admítase la doctrina opuesta, y á fuerza de abstracciones vendremos á parar en la cuestion promovida por Hommel, cuya solucion él mismo declara imposible: ¿por qué el médico á cuyos cuidados se deja de recurrir no ha de ser mantenido en la posesion de este derecho? Pero quizás haya un medio de salvar esta dificultad distinguiendo entre los derechos personales que tienen *tracto sucesivo* y los que, ejercitados una vez, concluyen ó dejan de existir. No tendria lugar el interdicto en una deuda, aunque la ley cita este caso, porque si uno debe mil duros, desde que los paga cesa toda accion; pero podria verificarse en aquellos otros derechos que constituyen un estado y son susceptibles de proteccion porque

lo son de repeticion sucesiva; v. gr., el arrendamiento. No es este, sin embargo, el parecer de Savigni, como se desprende de las siguientes palabras: «El derecho de los interdictos está basado sobre una perturbacion causada ilegitimamente en el ejercicio de la propiedad. Si relativamente á cualquier otro derecho se concibe una turbacion violenta en su ejercicio, será muy justo protejer con igual remedio semejante violacion. Tal es precisamente el caso de todos los elementos constitutivos de la propiedad que pueden existir como derechos independientes de la misma. El usufructo es un derecho de esta especie, el cual puede ser perturbado con no menos facilidad que la propiedad, y lo mismo que él pueden serlo todos los que bajo el nombre de *jura* ó *jura in re* se conciben como partes separadas del dominio. Pero (continúa) del mismo modo que la verdadera posesion consiste en el ejercicio de la propiedad, esta posesion análoga debe tener por objeto el ejercicio de un *jus in re...*» *(Pág. 104 de la trad. españ.)*

§ II.

Diferentes clases de posesion.

Ley 2.ª—[1]*Ciertamente dos maneras y ha de posesion: la una es natural, é la otra es por otorgamiento de derecho, á que llaman en latin* civil. [2]*E la natural es cuando ome tiene la cosa por si mismo corporalmente, asi como casa, ó su castillo, ó su heredad, ó otra cosa semejante, estando en ella.* [3]*E la otra, que llaman civil, es cuando algun ome sale de casa de que él es tenedor, ó de heredad, ó de castillo, ó de otra cosa semejante, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella. Ca estonce, maguer non seá tenedor de la cosa corporalmente, seerlo ha en la voluntad é en el entendimiento, é valdrá tanto como si estuviese en ella por si mismo.*

Es posesion natural la material tenencia de la cosa, la cual, como dicen los autores, podrá ser justa ó injusta; es

posesion civil la que, apoyándose en un título justo, mediante haber sido adquirida por otorgamiento de derecho, es inamisible, aunque corporalmente se deje de poseer. El pensamiento capital de esta division es menos fácil de lo que á primera vista aparece: la prueba de ello es su larga historia literaria, el número de esplicaciones que han dado las escuelas. Pretenden unos que la posesion civil es la que se retiene con solo el ánimo, y natural la que se retiene con el cuerpo, cuya distincion la fundan en la ley 10, *C. de adquir. posses.*, en la que el Emperador dice que hay dos razones de posesion; que una consiste en el derecho, otra en el cuerpo. Mediante este concepto, en el que parece convenir nuestra ley, suponen que si uno, ausentándose de su fundo, no deja quien lo posea, y al mismo tiempo no quiere perder la posesion que tenia, este, se dice, posee civilmente; y si deja á otro en la posesion del mismo fundo para que le tenga en su nombre, se dice que posee naturalmente. Otros afirman que la posesion civil y natural no son distintas especies de posesion, sino dos modos diversos de poseer. Partiendo de este supuesto, que los sustentadores de la última doctrina creen hallar comprobado en varias leyes del Derecho romano, añaden que la posesion civil, como contrapuesta á la natural ó corporal, solo puede tomarse y entenderse por la posesion justa y fundada en derecho, y la natural por la injusta ó destituida de él.

Cuyacio, en la prefacion al título del *C. de adquir. posses.*, entiende por posesion civil la justa ó fundada en derecho, y por posesion natural la injusta, como contrapuesta á ella; asi dice que la cosa donada por el marido á su mujer la posee esta natural ó corporalmente, pero no civilmente, por ser ilícita la donacion.

Doneau, en el cap. VII, lib. V, com., establece y prueba latamente que la posesion civil, en contraposicion de la corporal, se distingue de esta en que aquella es justa y fundada en derecho, y esta injusta y contraria á él.

Un autor bastante apreciado como comentarista, Llamas, en el núm. 47 del com. á la ley 45 de Toro, dice: que la po-

sesion solo se divide en dos especies, civil y natural, que equivale á justa é injusta, ó lo que es lo mismo, á poseer con buena ó mala fé, y que la distincion que se hace de poseer con el ánimo ó con el cuerpo, no pertenece á la sustancia de la posesion, sino al diverso modo de poseer, como cuando alguno posee por otro, como acontece en el colono ó inquilino que poseen en nombre del dueño de la propiedad, verificándose que el dueño es el que verdaderamente posee, pero por distinto medio y no por otra persona.

Para ahorrarnos una enumeracion que traspasaria los límites de nuestra obra, recordaremos la teoría Savigniana, que toma desde su orígen y esplica científicamente el desenvolvimiento jurídico de la idea posesion.

Dos son, dice Savigny, los efectos que pueden atribuirse á la posesion considerada en sí misma á independientemente de toda propiedad: la usucapion y los interdictos. Pues bien, como son dos los efectos, dos son las principales especies de posesion. La necesaria para arribar á la usucapion se llama posesion civil; la que no puede conducir á la usucapion, se llama, por antítesis, posesion natural. Esta última, aunque privada de aquel efecto, no es, sin embargo, una simple detencion ó tenencia. No es este el lugar de definir la usucapion: si lo intentáramos no ganaria el asunto en claridad y se involucrarian las materias, pero nos dirigimos á personas ya iniciadas, si es que no formadas, en el derecho, y ellas, aun sin esplicarlo nosotros, saben que la usucapion atiende á las causas de la posesion, y solo es posible cuando esta va acompañada de otros requisitos; seguimos, pues, nuestro análisis de la posesion natural. Contraida la posesion á su segundo efecto, solo recibe ese nombre aquella que está y puede ser defendida por los interdictos: con relacion á esta última se llama posesion natural la que ni ese recurso tiene, la que ni aun puede ampararse con el remedio de un interdicto. Hay que advertir que la frase posesion natural, es susceptible de doble sentido, mas bien que en sí propia, en relacion con sus fines; relativamente á los interdictos, denota una posesion que ni siquiera

los produce, y de consiguiente que todavía menos puede servir de base á la prescripcion: mas si se examina la relacion de estos dos términos, ó sea si se trata de la posesion en cuanto conduce á la posesion, en este caso la posesion natural es una posesion que no puede fundar la prescripcion, pero que no es impotente para producir los interdictos.

Su doctrina acerca de la posesion justa é injusta, se resúmen en los términos siguientes: *Justum* en general se encuentra usado por los jurisconsultos romanos en dos sentidos diversos: unas veces se refiere al *jus (civile)*, y entonces se emplea en la misma significacion que civil ó legítimo; v. gr., cuando se dice matrimonio justo. En otras ocasiones parece su sentido mucho mas indeterminado, designando todo lo que es conforme al derecho, como en las espresiones ausencia justa. En materia de posesion la palabra *justum*, está tomada del segundo modo, y por consiguiente es posesion justa aquella á que se tiene derecho, sea ó no jurídica, bajo otro concepto: por ejemplo, la del acreedor en la cosa dada en prenda, es de este género: esta posesion no es civil, pero es justa.

Como semejante division se refiere á la idea general de la posesion natural, y puede no coincidir con ninguna de las dos especies de posesion jurídica, es de poca importancia; lo mas interesante aqui, lo mismo que en la pósesion natural, es evitar esta conclusion: *juste possidet*, ergo *possidet.*

Tomada en acepcion más restricta, hace referencia á los vicios de posesion, y así solo le conviene aquel calificativo cuando no hay vicio en la causa, cuando la causa es justa; lo cual se verifica en toda detentacion empezada, *nec vi, nec dam, nec precario*, tenga ó no tenga por otra parte, el carácter de posesion jurídica.

La buena fé se refiere á cualquiera causa imaginable para la posesion. El que cree tener la causa requerida en la misma, se llama poseedor de buena fé. Por eso en la usucapion se llama asi al que en virtud de la justa causa de posesion, recibe una cosa de aquel á quien cree propietario. Por eso en la

reivindicacion se da este nombre al demandado que cree tener la cosa con buen derecho, ya sea que se derive de la propiedad, ó ya de un simple contrato con el propietario. Por eso tambien en la accion hipotecaria está de buena fé el demandado que no tiene conocimiento alguno del derecho de hipoteca del demandante. En los casos de mayor importancia, la buena fé no tiene efecto mas que cuando es justificable por un título, de modo que en estos casos es preciso entender siempre por posesion de buena fé, la que está basada sobre un título, aunque por lo comun, no lo manifieste: la buena fé se halla siempre en estrecha union con la causa posesoria.

§ III.

Personas capaces de adquirir la posesion.

Ley 3.ª—*Tenencia é posesion de las cosas puede ganar todo ome por si mismo que haya sano entendimiento: Otrosi los fijos é los siervos que tiene en su poder la pueden ganar por él, é sus personeros. Ca en cualquier cosa que alguno destos sea apoderado en nombre del padre ó del señor ó de aquel cuyo personero es, gana la tenencia el otro, en cuyo nombre lo apoderaron della. Otrosi decimos que si el fijo gana en su nombre tenencia de alguna cosa, de mientra que está en poder de su padre, que non sea de aquellas que son llamadas* castrense del quasi castrense peculium, *que no tan solamente gana el fijo tal tenencia mas aun el padre por razon del usofruto.*

Dice la ley que cualquiera en sano entendimiento puede adquirir la posesion de las cosas por si, por su hijo ó por medio de procurador ó apoderado que actúe en su nombre: no hablemos del siervo, porque eso pertenece á otra época: que en los peculios adquiridos por el hijo, no siendo de los castrenses, comparte la posesion con el padre, pues si él tiene la propiedad, éste tiene el usufructo. No es difícil la doctrina, pero como se repite en las leyes inmediatas, estableceremos sencillas bases que sirvan de preliminares á todas. Entre los

romanos, los que no podian adquirir la propiedad, tampoco podian adquirir la posesion; siendo la misma causa, debia serlo tambien la capacidad. Los comentadores de aquel derecho recuerdan con tal motivo la condicion de los hijos de familia, de los esclavos, etc.

La posesion de una cosa adquirida por uno propio, no ha menester reglas especiales; pero las exige la adquisicion de la posesion por un tercero. Conforme á la teoría de Savigny, para que esto sea posible, han de concurrir varias circunstancias: 1.ª, es necesario que el representante haga tanto por lo menos, como si quisiera adquirir la posesion por sí mismo: se exige, pues, que concurran la aprehension y el ánimo de poseer. El ánimo de poseer tiene en este caso una particularidad; ha de desear adquirir la cosa, no para sí mismo, sino para aquel á quien representa. Esta regla no está sujeta á dudas; pero no es aplicable á la tradicion, porque en esta hay que atender á la intencion del que la verifica; á tenor de esta se adquiere la posesion, aun cuando el representante infiel á su mandato quisiera adquirir para sí ó para un tercero. 2.ª Es necesario que el poseedor tenga ánimo de adquirir la posesion: la adquisicion no podrá, pues, verificarse, ignorándolo el poseedor *(ignoranti possesio non adquiritur)*. Háblase de aquel que no tiene el menor conocimiento del acto, y por consiguiente, no puede desear la adquisicion; aun así sufre limitaciones: en materia de peculios y en la adquisicion hecha por los tutores ó por las corporaciones. Hay además otro caso esceptuado de la regla establecida, y es aquel en que habiendo una persona dado un mandato para adquirir la posesion, ignora el cumplimiento del mandato: la posesion se adquiere entonces desde que el mandato se ejecuta, aunque la prescripcion no principia, sino desde que se haya tenido conocimiento del cumplimiento del contrato. 3.ª Es por último necesario, que exista una relacion jurídica entre el representante y el poseedor para que de este modo nazca la posesion. Esta relacion existe ó en el caso en que el mandante tenga autoridad sobre el mandatario, como por ejemplo, el amo respecto del esclavo; el padre respecto del hijo: ó

en el caso de una relacion libre. Nada de particular tiene que los que están en poder nuestro, adquieran por nosotros la posesion. Lo segundo no se concibe sin un mandato espreso. Este mandato hecho á una persona libre ó estraña para adquirir la posesion, no está sometido á las disposiciones que forman una condicion para la validez de los actos jurídicos en derecho civil: así es que el esclavo y el pupilo pueden recibir este encargo. La existencia de una relacion jurídica que no tiene mandato espreso, no basta para adquirir la posesion: así, por ejemplo, el arrendador tiene la posesion jurídica de la cosa arrendada; si muere, su derecho á la merced que resulta del arrendamiento, pasa á sus herederos por adicion de la sucesion; pero no sucede lo mismo con la posesion: para poder adquirirla, es necesario un acto, por el cual el arrendatario venga á ser igualmente el representante del nuevo arrendador en la posesion.

Prévios estos antecedentes, nada habrá que esplicar en la siguiente:

Ley 4.ª—*Guardador de huérfano, loco puede ganar la tenencia de toda cosa que oviere en nombre de aquel que tuviere en guarda. Otrosí si el oficial del comun de alguna cibdad ó villa que haya á amparar ó recabdar los derechos della, gana tenencia de alguna cosa en nombre del comun, cuyo oficial es la gana para aquel comun, cuyos bienes habia de recabdar, tan bien como si á todos comunalmente hubiese apoderado della.*

La doctrina es clara, y no hallamos cosa alguna en la glosa que merezca llamar la atencion.

Ley 5.ª—[1]*Labradores ó yugueros, ó los que tienen arrendadas ó alogadas cosas agenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera posesion es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende cuanto tiempo quier que ellos las tuviesen así, non ganarian el señorio por ello.* [2] *Pero aquellos que tienen á feudo algun heredamiento, ó han el usofruto dello, ó lo tienen á censo, dando á cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la posesion dellos; pero en salvo finca el*

señorio á sus dueños: de manera que estos atales por tal tenencia non ganan la propiedad cuanto tiempo quier que las tengan.

El caso de esta ley no es nuevo y contribuye á probar la ventaja de haber adoptado un principio que los resuelva todos; ¿en qué se fundarian el inquilino y el colono para aspirar á la prescripcion de la cosa? ¿Qué posesion es la suya? El comentador dice en la glosa 2.ª: *de naturali intellige, nam civilis est apud propietarium et directum dominium.* En cualquier concepto que se tome esta palabra, no es la posesion que conduce á la usucapion. Vendria bien en este sitio reunir las doctrinas de Savigny acerca de la posesion derivada; pero tropezamos con la dificultad de condensar tanta ciencia: no haremos poco si al cabo de mucho meditar conseguimos reproducir su espíritu. Hay actos en que la posesion puede ser trasmitida separadamente de la propiedad: es decir, en que aquel que tiene el derecho de posesion puede trasmitirle: la aprehension que exige no difiere, pues, de ninguna otra aprehension: debe acompañarla tambien la voluntad, pero sin que se proponga mas que la adquisicion de aquel derecho *(jus possessionis).* Conviene, pues, conocer los casos de la posesion derivada, porque es el modo de determinar la eficacia de ciertos contratos en cuanto á la usucapion ó á la prescripcion. Estos actos jurídicos forman en general tres clases: unos jamás dan lugar á la posesion derivada: otros la producen siempre; y otros, la crean algunas veces. Los comprendidos en el primer grupo, tienen todos de comun el que el poseedor actual no pierde por la trasmision su *jus possesionis*, que aquel á quien se hace la trasmision, tampoco la adquiere; no hace mas que ejercer en su calidad de representante la posesion de otro. El primero y el mas sencillo de estos casos es el del *procurador*, al cual se encarga solo de la administracion: como se vé en el ejemplo propuesto, entregamos una cosa nuestra á otro precisamente para que administre nuestra posesion. El comodato es tambien del mismo género; pues el que concede bajo esta forma el uso de una cosa suya á otro, conserva la posesion que no adquiere el comodatario. Lo mismo sucede exactamente con el

contrato de arrendamiento: en lo concerniente á la usucapion, este contrato no ejerce sobre ella influencia alguna: el derecho de los interdictos no nos obliga tampoco á adjudicar la posesion al arrendatario, porque su contrato le proteje ya suficientemente contra la violencia ejercida por el propietario, y si es un tercero el que turba la posesion, bastan los interdictos que competen al propietario, porque en este caso tambien duede exigir el arrendatario que el propietario le indemnice ó le ceda los interdictos. Otro acto en que se trasmite la detentacion sin la posesion, hace referencia á una forma del procedimiento romano: *missio in possesionem*, establecida por el pretor por fines y con efectos que no es del caso recordar. El quinto y último ejemplo de esta especie corresponde á la detentacion que se funda sobre un *jus in re*. El que entrega una cosa á otro, que tiene en ella el usufructo ó el derecho de uso, no pierde la posesion, y el usufructuario y el usuario ejercen esta posesion de la propiedad del mismo modo que el arrendatario. La posesion es inútil al detentador en cuanto á la usucapion, porque el deseo de las partes no es operar un cambio en la propiedad. En cuanto á los interdictos, el *jus in re* está protegido contra los ataques de un tercero por interdictos particulares.

A la segunda especie, en la cual la detentacion se trasmite con la posesion, corresponden dos casos: la posesion del enfiteuta y la del acreedor pignoraticio. Respecto á la primera, la historia de esa institucion dice bastante cuáles son los derechos que produce: los del acreedor pignoraticio acerca de la usucapion son nulos porque el acreedor no puede adquirir la cosa; pero la posesion le sirve en cuanto á los interdictos.

La tercera clase, que es cuando la detentacion á veces se trasmite con la posesion y á veces sin ella, comprende otros dos actos: el depósito y el precario. En cuanto al primero la regla no admite duda. La posesion lo mismo aquí que en el arrendamiento no se enajena: no hay mas que una escepcion y esa es rara. Cuando la propiedad de una cosa es reivindicada y se deposita en poder de un tercero, las partes por con-

vencion espresa pueden conferir la posesion á este tercero á fin de interrumpir toda usucapion: es el único caso en que el depósito lleva consigo un cambio de posesion: el *precarium* sigue un principio enteramente contrario: es de regla que por él se trasmita la posesion, pero se puede estipular por convenio espreso, que sea solo la detentacion la que se trasfiera.

§ IV.

Actos ó medios de trasferir la posesion.

Ley 6.ª—*Ganar queriendo algund ome alguna posesion de castillo ó de casa, ó de otra cosa cualquier, ha menester que faga dos cosas. La una que haya voluntad de la ganar: la otra que la entre por sí corporalmente, é la tenga ó otro alguno por él en su nombre. E si alguna destas dos cosas le falleciese, non la podria ganar. Empero si un ome vendiese á otro alguna cosa, ó gela diese, ó gela enagenase en alguna otra manera; é estando delante la cosa; dijese el que la enajenaba al otro, que lo apoderaba en ella, veyéndola ambos á dos, maguer este atal no la entre nin la tenga corporalmente, abondale tal apoderamiento de vista para ganar la tenencia de ella.*

Toda adquisicion de la posesion reposa sobre un acto corporal acompañado de una voluntad determinada: al acto corporal es á lo que se llama aprehension, entendiendo por esta palabra la posibilidad de obrar inmediatamente sobre la cosa, escluyendo toda accion estraña. Los autores habian considerado este hecho como un contacto inmediato del objeto, y no admitian por consiguiente mas que dos especies; tomar con las manos las cosas muebles, poner el pié sobre las inmuebles. Pero como el Derecho Romano presenta ejemplos de adquisiciones verificadas corporalmente sin contacto material, se ha convenido igualmente en reconocer como simbólicos estos actos que representan por una ficcion de Derecho la toma de posesion. Tal es la esplicacion del caso citado como ejemplo en la ley: una manera de posesion es, aunque no la única,

la aprehension, que consiste en poner un objeto á la vista del que le ha de adquirir : *Et per aspectum ejus tradere possesionem.*

El ánimo de poseer, otro requisito de la posesion, consiste en la voluntad por parte del poseedor de tratar la cosa como suya, debiendo advertir que no es lo mismo tener ánimo de ser dueño *(animus domini)* que la conviccion de serlo *(opinio domini)*. Examinaríamos aquí las cualidades que han de reunir las cosas para que tengan la capacidad de ser poseidas; pero si esta idea es á propósito para ser desenvuelta en un plan general sobre la posesion, aquí la consideramos menos necesaria.

Ley 7.ª—*Enagenando ó vendiendo un ome á otro trigo, ó vino, ó ólio, ó algunas otras mercadurias que estuviesen en alfóndiga, almacen, etc., dándole las llaves de aquel lugar do estuviesen las cosas é estando y delante, por tal apoderamiento como este entiéndese que le apodera tambien de las mercadurías que son en la casa, maguer non las vea, como de las llaves que le da á paladinas: é gana la tenencia de las mercadurías, bien así como si le apoderase dellas corporalmente veyéndolas.*

Es muy natural que las llaves hayan parecido en todos tiempos llaves simbólicas; apenas podrá comprenderse un objeto distinto en la entrega de las llaves de una ciudad hecha por sus Magistrados al Rey que va á entrar en ella. Pero la necesidad de las llaves para entrar en un edificio cerrado y disponer de las cosas que allí están guardadas, es lo que convierte la ficcion en hecho; lo que constituye el acto de posesion.

Ley 8.ª—*Dando algun ome á otro heredamiento ó otra cosa cualquier, apoderándole de las cartas porque la él ovo, ó faciendo otra de nuevo é dándogela, gana la posesion, maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente.*

Muy vasta es la materia si su importancia y su estension nos dejaran espacio para tratarla; mas lo que no espliquemos hoy esperamos poder esplicarlo al tratar de los modos de adquirir. En el Código de las Partidas ninguna ley carece de

precedente: será el menos original, pero es el mas autorizado de los Códigos. La ley 1.ª, *C. de donat.*, contiene la siguiente declaracion: *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis.* Gregorio Lopez observa esta concordancia, y procediendo al exámen de la ley dice: La palabra *cualquier* denota que la regla procede tanto en los instrumentos de cosas corporales como en los de cosas incorporales, una vez que aparezca la intencion de dar; porque si esta faltase, la entrega podria interpretarse como un acto de procuracion ó el deseo de habilitar á uno como procurador. A lo cual es consiguiente que de la misma suerte que la entrega de la escritura equivale á la posesion del fundo, cuando se rompe la escritura *si postea donatarius incidat tale instrumentum*, etc., la cancelacion supone que la posesion ha sido devuelta al donante.

Ley 9.ª—*Enagenan los omes los unos á los otros sus heredamientos á las vegadas, á tal pleito, que retienen para sí en toda su vida el usofruto dellos, ó despues que los han enagenado, ante que apoderen dellos á aquellos á quien los enagenaron, arriéndanlos de los compradores. En cualquiera de estos casos gana la posesion de la cosa aquel á quien es enagenada, é aun há el señorio en ella, bien así como si fuese apoderado corporalmente della. Eso mismo sería si aquel que enagenaba la cosa dijese: Otorgo que de aquí adelante tengo la posesion della en vuestro nombre.*

La cláusula de constituto es de uso frecuente, casi vulgar en la práctica; pero podrá suceder que se emplee, sin conocer su filosofía: creemos que para su exámen puede auxiliar la siguiente doctrina de Savigny. La regla de que un simple mandato sirve de base á la adquisicion de la posesion por actos ajenos admite esta nueva aplicacion. No hay inconveniente en que una persona nos preste este servicio aun tratando de cosas que tiene en su posesion jurídica: el acto queda reducido al caso inverso de una tradicion *brevi manu*: pues así como en esta el que solo tenia la detentacion puede adquirir la posesion por el ánimo de poseer sin verificar ningun nuevo acto,

del mismo modo la simple voluntad trasforma la posesion en detentacion, y hasta el derecho de posesion es trasmitido á otra persona. Este modo de trasferir la posesion es llamado por los jurisconsultos *constitutum possesorium* y debe ser admitido como resultado necesario de otro acto. Así por ejemplo: el que haciendo donacion de una cosa la toma al mismo tiempo en arrendamiento, no dispone espresamente de la posesion, pero aquí el contrato de arrendamiento supone que el *constitutum* ha trasmitido la posesion; lo mismo sucede con el usufructo: el que hace donacion de una cosa ó la vende reservándose el usufructo, realmente ha trasferido por el *constitutum* la posesion y la propiedad, y administra desde este momento, como todo usufructuario, la posesion de otro.

Ley 10.—[1] *Seyendo algun ome apoderado de casa ó de heredamiento, ó de otra cosa cualquier por aquel que la tiene ó por sú mandado, gana la tenencia verdadera.* [2] *Lo mismo seria si lo apoderase el juzgador ó su mandado por razon de paga ó porque habia vencido en juicio la cosa, probando que era suya.* [3] *Mas si él fuese apoderado della por mengua de respuesta ó porque él la entrara por fuerza ó la robara, como quier que él sea tenedor, non ha por ende la verdadera posesion. Ca viniendo su dueño puede la cobrar*, etc.

Adquiérese la tenencia de las cosas segun esta ley por la adjudicacion del dueño ú otro en su nombre, y por mandato del juez en razon de paga ó mediante haber sido el poseedor vencido en juicio. Mas no por la posesion transitoria que tenia lugar en la vía de asentamiento ó cuando la cosa se adquiere por fuerza, hurto, ó rapiña.

Nada hay que oponer á los anteriores medios de adquirir la posesion; la primera parte de la ley es tan clara, como justa la segunda en tener por insuficiente el asentamiento, y por malo el despojo.

Ley 11.—*Vendida ó enagenada seyendo alguna cosa á algun ome, si aquel á quien la enagenasen fuese metido en la tenencia de la cosa, sabiéndolo el señor é non contradiciéndolo, ganaria estonce el otro la tenencia, tambien como si el señor*

gela oviese entregado por si mismo: eso mismo decimos que seria si aquel que enagenase la cosa diese la tenencia de ella al personero del comprador; ó si el comprador la diese á alguno, despues que la oviese comprado que la tuviese en su nome. Ca en cualquier de estos casos se gana é retiene la posesion de la cosa.

Un medio de adquirir la posesion es la compra-venta; mas el comprador no solo la adquiere por la entrega de la cosa hecha en su nombre al apoderado, sino que tambien la gana cuando aunque la compre de una persona estraña, la ocupa á ciencia y paciencia de su dueño. De intento habiamos omitido el estracto de los Códigos para poner órden á las ideas y conservar intacta la doctrina de prescripcion de que singularmente se ocupan sus leyes. Pero una manera de prescripcion es la que establece la de Partida y puesto que la ocasion nos brinda, debemos analizar todas cuantas con ella se relacionan.

El primer Código que se presenta á nuestro exámen es el Fuero Viejo, en cuyo lib. IV, tít. IV se registran las siguientes disposiciones:

Ley 2.ª—[1] *Cuando uno demanda á otro por una eredat.... é despues vinieren ante el alcalde, si aquel á quien demanda la eredat, dis que es tenedor año é dia en fas é en pas de este que gela demanda, é él morando en la viella labró é disfrutó á tiempo é sazon entrando é saliendo probando esto con cinco omes bonos, el tenedor debe fincar con sua eredat.* [2] *E si aquel que demanda dijier que este detenimiento non vale contra él, ca el querelló ante el alcalde ó en conceio pregonando, ó en su perrocha de aquel á quien demanda ante cinco vecinos: é si dijier que aquella eredad non la puede ganar dél por detenimiento, quel haya venido, que del mismo la tiene acomendada á medias, ó arrendada ó emprestada ó empeñada, el demandador debe responder si querelló ansi como el dis, ó si lo tiene por tal razon como el dis: é si el tenedor de la eredat dijier que verdad es lo que él dis, tal tenencia non vale: é si gelo negare é él que demanda non gelo podier probar, debe ser vencido el que demanda; é el tenedor aver la eredat por sua.*

El término para la prescripcion, es el de año y dia, sin otro requisito que la ciencia y paciencia de su dueño, y el de no tener la finca á ley de arrendamiento, prenda, depósito ú otro título no traslativo de dominio.

Parece hallarse en oposicion con esta ley la 3.ª que señala término de treinta años y tres dias para la prescripcion de las tierras de los fijos-dalgo, y diez en las del labrador, etc. Pero este término que guarda conformidad con lo prevenido por varias leyes del tit. II, lib. X del Fuero Juzgo, debe entenderse de la propiedad y no de la posesion.

En cuanto á la última, que es la materia de nuestro exámen, existen en otros códigos leyes concretas que forman la historia de esta disposicion.

Fuero Real, lib. II, tit. XI, dice: *Todo home que demandare heredad á otro ó otra cosa cualquier, si el tenedor de la heredad ó de aquella cosa que le demandan, quisiere ampararse por tiempo é dixere que año é dia es pasado que lo tuvo en paz, y en faz, entrando y saliendo en la tierra ó en la villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa: é si el tenedor de la cosa no pudiere esto probar, asi como manda el fuero; mandamos que responda al demandador. E si tuvo la heredad ó la cosa en peños, ó encomienda, ó arrendada, ó alogada, ó forzada, no se puede desfacer por tiempo, asi como es dicho en esta ley: Cá estos atales no son tenedores por si mas por aquellos de quien tienen la cosa.*

La ley 242 del Estilo, declara la anterior en estos términos: .....*aquellas palabras desta ley* (la del Fuero), *entienden y juzgan asi los sus alcaldes en la córte del Rey.* [1]*En aquello que dice en faz que se entiende deste demandador de la cosa entrando y saliendo el demandador en la villa, entienden en la villa ó en el lugar do es aquella cosa sobre que entienden.* [2]*Y en paz entienden si no la mandó ó no embargó al tiempo del año y dia al tenedor ó al que lo tiene, maguer lo tuviese por él.* [3]*Otrosi entienden esta ley en razon del año y dia, puesto que sea probado que lo tuvo año y dia en faz y en paz, que se entiende que no sea tenido de responder este tenedor quanto en la tenen-*

cia, y que finca el tenedor por el año y dia en verdadera tenencia de esta cosa; mas la propiedad, que es el señorio de la cosa, en salvo finca á la parte que no lo puede demandar, asi como el demandado que es metido por mengua de respuesta en tenencia de la cosa que demanda, si la tiene un año finca tenedor en verdadera tenencia de aquella cosa, y no responderá por la tenencia finca el señorio de la cosa que gela puede demandar la parte. [4]*Empero si este que tiene la cosa mostrare que la compró ó otro titulo derecho, é mostrare que la tuvo año é dia en faz y en paz, el demandador, no será tenido de responder sobre la posesion ni sobre la propiedad que es en el señorio de la cosa.* Con haberse entendido de esta manera la ley, no cesaron las disputas; pedia la posesion muchos requisitos, y aunque se habian esplicado algunos, los principales estaban por declarar. No con otro objeto se dictó la siguiente 1.ª, tit. IX del Ordenamiento de Alcalá. «*En los Fueros de algunas cibdades é villas é lugares de nuestros regnos se contiene que el que toviere casa ó vinna ó otra heredat anno é dia, que non responda por ella; et es dubda si en la prescripcion de anno é dia, si es menester titolo é buena fée. Nos tirando esta dubda mandamos que el que toviere la cosa anno é dia que no se excuse de responder por ella, salvo si toviere la cosa anno é dia con titolo é buena fé.*

Hallamos justificada la referencia á los fueros de villas y lugares. Muchos eran con efecto, los que por este medio procuraron dar estabilidad y fijeza á la propiedad. El Fuero de Logroño dice: *populator de hac villa qui tenuerit sua hereditate uno anno et uno die sine ulla mala voce, habeat solta et libera, et qui inquisierit eum postea, pectet sexaginta solidos ad principem terræ.* El de Sepúlveda añade: *Tot home que toviere heredat por anno et por dia é ninguno non gela retentó, non responda mas por ella: et este anno é dia débese entender por dos annos complidos, é firmando esto con tres vecinos posteros que anno et dia es pasado que non lo demandó ninguno.* Cuando alguno demandaba con derecho á otro sobre la tenencia ó posesion de heredad, debia ante todas las cosas, dar fiador de estar á fuero: *esto es de pechar al demandado el coto ó multa establecida por la ley*, que eran diez

áureos, si el que movió el pleito quedase vencido. Así lo dispone la 4.ª, cap. II del Fuero de Cuenca, de donde se tomó la del de Sepúlveda, tit. 26: *onde mando que qui demandare á otro heredat, primero de fiador á aquel á que la demanda, que dé el coto de los diez maravedis, é la despesa doblada, si vencido fuere el que demanda.*

Mas estos fueros y aquella ley dejaron el concepto indeciso. Hasta la publicacion de la Novísima, era dudoso si deberian entenderse de la propiedad ó de la posesion. Los compiladores resolvieron la dificultad añadiendo una palabra omitida en el Ordenamiento, pero fácil de suplir por el espíritu de sus precedentes. La ley 3.ª, tít. VIII, lib. XI de la Nov. Rec., concluye: *mandamos que el que tuviere la cosa año y dia no se escuse de responder por ella en* la posesion, *salvo si tuviese la cosa año y dia con título y buena fé.*

Jurisprudencia.—En sentencia de 12 de Diciembre de 1859 se resuelve: Que al poseedor le basta poseer para ser respetado en la posesion mientras no se presente quien tenga y justifique mejor derecho.

§ V.

Beneficios de la posesion.

Se podrian referir á los del dominio si la posesion fuese un derecho igualmente seguro, igualmente incontrastable; pero las leyes cuando enaltecen la posesion, los autores cuando describen sus efectos, siempre dicen que el poseedor es considerado como dueño de lo que posee, mientras no sea vencido en juicio por el verdadero dueño. A vista de una eventualidad que puede comprometerle á la devolucion de la cosa, necesario ha sido establecer los derechos que le asisten para la percepcion de los frutos y para la deduccion de impensas. Aquí nos hace falta recordar la distincion antes indicada entre poseedores de buena y de mala fé, la que hay en la clase de frutos y de impensas.

Ley 39, tít. XXVIII, Part. III.—[1] *A buena fé compran los*

omes ó ganan casa ó heredamiento ageno, cuidando que es suyo de aquellos que lo enagenan ó que han derecho de lo facer..... Antes de pasar adelante se nos permitirá reparar en esta definicion del poseedor de buena fé; la hallamos repetida en la ley 9.ª, tít. XXXIII, Part. VII, y las dos proceden de la 109, tít. XVI, lib. L del Dig.: *Bonæ fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere.*

La ley continúa: [2] *el señorío de los frutos que oviese recibido é despendido del heredamiento este vencido, que deben ser suyos por la obra é por el trabajo que llevó en ellos, fasta que el pleito fué comenzado por demanda é por respuesta; é non es tenudo de los dar al vencedor maguer lo entregue de la heredad.* [3] *Mas los que non oviese dependido, tenudo seria de los tornar al señor de la heredad, sacando primeramente las despensas que oviese fecho sobrellos.* [4] *Otrosí decimos que si los frutos que oviese recibidos fuesen de tal natura que non viniesen por labor de omes, mas por sí se los diese la heredad; así como peras ó manzanas ó cerezas, etc. etc., que estos atales tenudo es de los tornar con la heredad, maguer los haya despendido á buena fé;* [5] *é si por aventura oviese mala fé en comprando la cosa ó en aviéndola en otra manera, sabiendo que non era suyo de aquel que gela enagenó, entonce maguer oviese despendida los frutos que oviese recebidos de la heredad, tenudo seria de pechar el precio dellos sacando todavía las despensas que oviese fecho en razon dellos.*

En resúmen quiere decir: que el poseedor de buena fé hace suyos los frutos industriales percibidos antes de la contestacion de la demanda, que si no los hubiese consumido, debe restituirlos al dueño deducidos los gastos; que siempre y en todo caso tiene que restituir los frutos naturales *que non vienen por labor de omes*, v. gr., peras, manzanas, etc.; que el poseedor de mala fé tiene que restituir todos los frutos, aun los consumidos, deducidas tambien las impensas.

Está repetido en varios textos del Derecho Romano que el poseedor de buena fé en cuanto á los frutos, se parece al propietario: *in percipiendis fructibus, id juris habet quod dominis prædiorum*

tributum est (Dig. 22, 1, 25, § 1.º). *Quod ad fructus attinet, loco domini pene est* (Digesto 41, 1, 48). El poseedor de buena fé goza de este derecho, porque el de la accesion, que le sirve de base, es lo mismo para el poseedor que para el dueño. Sin embargo, una cosa son los frutos mientras forman parte del fundo, otras despues de haber sido separados. Su separacion da origen á un derecho enteramente nuevo. Cuando un todo, dice Savigny, está descompuesto en partes, empieza para estas una posesion nueva, porque como cuerpos independientes, aun no eran objeto de ninguna posesion, y eso es precisamente lo que sucede en este caso con los frutos; la posesion de ellos, aunque sea la misma la causa y no se exija aprehension nueva, toma origen del solo hecho de su separacion. Quizás nos sirva esta idea para poner en claro una doctrina oscura ó aparentemente contradictoria. El párrafo correspondiente de la Instituta, que en el principio parece declarar al poseedor dueño de los frutos percibidos: *pro cultura et cura*, solo le deja la propiedad de los que hubiese consumido: *de fructibus ab eo consumptis agere non potest;* mas consecuente nuestra ley, habla en todos los casos de los frutos recibidos *é despendidos;* la percepcion sin el consumo no basta para que el poseedor los adquiera, debe restituir los que existan en su poder; pero se pregunta: y ¿por qué? ¿cuál es el fundamento de su disposicion? Muy sencillo: siendo los frutos una vez separados como las demás cosas muebles, de modo que el poseedor puede venderlos, consumirlos, etc , se ha creido que era respecto de ellos un verdadero propietario; pero este es un error, lo será para todos menos para el dueño. El poseedor que ha vendido ó consumido los frutos, enriqueciéndose por este medio, deberia estar obligado á restituir su valor; la ley no se lo exije, le ha querido conservar este lucro, declara que los ha hecho suyos: *fructos consumptos suos facit*, pero no es porque le reconozca ninguna propiedad; la prueba es que estas palabras se emplean á propósito de los frutos consumidos, cuando la consuncion destruye toda propiedad. No se puede negar que algo merece el poseedor de la cosa por el cuidado que ha puesto en los frutos: este derecho particular,

que segun Savigny, no se aplica á la adquisicion de la propiedad de los frutos, sino á las relaciones *obligatorias*, se salva mediante un principio de equidad que ya que niega la propiedad, no deja sin recompensa los trabajos, los gastos hechos de buena fé por un poseedor que se creia propietario. Pero mientras los frutos existen, no hay mas remedio que devolverlos; retenerlos sería enriquecerse á espensas de su dueño, y eso no seria justo; lo mas que el poseedor puede pretender es que se le abonen los gastos causados, y asi lo manda la ley.

En cuanto á los frutos naturales desde luego se alcanza que de estos es responsable el poseedor, siquiera los haya consumido, pues como son de tal *natura que no vienen por labor de omes*, no hay cuidados, no hay gastos que merezcan esa recompensa como en los frutos industriales. Mas no cosa sencilla, determinar la índole de ciertos productos. Pocos son tan espontáneos que no exijan atencion ó cultivo, de lo cual pueden referirse como prueba los mismos que se citan por ejemplo: ¿Ya que no se retengan los frutos se podrán siquiera cobrar los gastos? indudablemente: *nulli sunt fructus nisi impensis deductis.* A lo cual se agrega otra dificultad: si la doctrina se ha de observar en términos tan absolutos, ¿en qué se diferencian el poseedor de buena y el de mala fé? uno y otro han de restituir los frutos consumidos. El único modo de salvar este inconveniente es el que propone G. Lopez: el poseedor de buena fé tendrá esta obligacion solo en cuanto se haya hecho mas rico; el de mala siempre y en todo caso: *intellige hoc infructibus naturalibus consumptis quando ex eis factus est locupletior* (Glos. 9). Esta solucion se aparta de las dos opiniones que dividieron á los jurisconsultos en Roma. Pomponio declara que el poseedor no adquiere semejantes frutos (*Dig.* 22-1-45). Paulo afirma completamente lo contrario (*Dig.* 41-1-48), y su doctrina, tiene apoyo indirecto en la ley, pues implica contradiccion que esté obligado á dar lo que ya no existe.

Nada dice la ley acerca de los frutos civiles; pero pueden compararse á los naturales si es que no se adopta por mas equitativo el prorateo establecido por el art. 429 del Proyecto que

hace la causa del poseedor igual en este punto á la del usufructuario.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 7 de Mayo de 1860 se ordena lo siguiente: la ley 39, tít. XXVIII, Part. III, que declara los frutos pertenecientes al poseedor de buena fé, no es aplicable al caso en que se trata de bienes legados, porque respecto de la propiedad y frutos de estos rigen disposiciones especiales.

Segun otra de 6 de Febrero de 1862, al poseedor debuena fé, no debe privársele de los frutos que haya percibido hasta la litis contestacion.

Ley 40.—Poseedor de mala fé: [1] *A mala fé ganan los omes heredades é otras cosas en dos maneras. La primera es cuando furtan la cosa ó la roban ó la entran sin derecho.* [2] *Estos atales, si fuesen vencidos en juicio, son tenudos de tornar la heredad con los frutos que ende llevaron, é aun con los que pudiera ende llevar el señor de la heredad.* [3] *La segunda manera es cuando las ganan por razon de compra donadio, ó por otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quien las han que non han derecho de las enagenar.* [4] *Estos tales son tenudos de tornar la heredad con los frutos que della llevaron, si los vencieren por ella en juicio; mas non son tenudos de tornar lo que ende pudiere llevar el señor de la heredad si la hubiese tenido fueras ende en cuatro casos: 1.° cuando la heredad vende algund ome para facer engaño á aquellos á quien debe algo sabiendo el engaño el comprador. 2.° cuando fuese enagenada por fuerza ó por miedo. 3.° cuando alguno comprase encubiertamente alguna cosa de aquellas que mandase vender el oficial de nuestra córte contra la costumbre guardada. 4.° cuando ganase heredad contra las leyes deste libro. Ca... tenudo es de tornar la heredad con todos los frutos que ende llevó é aun con los que ende pudiera llevar el señor de la heredad.*

La ley distingue dos clases de poseedores de mala fé; unos por haber hurtado la cosa ó entrado en ella sin derecho: y otros por haberla adquirido por compra ú otro título con noticia de que el cedente no era dueño. Los primeros deben res-

tituir los frutos percibidos y aun los que pudieron percibir: los segundos solo los percibidos, como no fuesen de los que la ley enumera por escepcion en sus cuatro casos. Obsérvase puntualmente lo mismo que se halla establecido en los §§ 35, título I, lib. II, y 2.° tit. XVII, lib. IV de la Instituta: *Illorum fructuum quos possesor malæ fidei culpa sua non perceperit sive illorum quos perceperit, eadem pene ratio habetur. Generaliter autem cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possesor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset* (ley 62, tit. I, lib. VI, Dig.). En varios pasejes de aquel derecho y algun otro del nuestro de Partida (4.ª, *tit.* XIV, *Part.* VI) se encuentra repetida la misma doctrina.

§ VI.

Indemnizacion de gastos.

Ley 44.—*Despensas facen los omes en las casas é en las heredades... é decimos* [1] *que aquel que las despensas ficiere, que sean menester de facerlas, que las debe é puede cobrar de mientra que fuere tenedor de la casa ó de la heredad... quier haya buena fé, quier mala, en teniéndola; é maguer el señor de la casa ó de la heredad lo venciese della en juicio, non gela debe ante entregar fasta quel dé lo que despendió en esta razon.* [2] *Empero si esquilmó algunos frutos ó rentas de la casa ó de la heredad en cuanto la tuvo; tenemos por bien que se descuente en las despensas; ca guisada cosa es que pues él quiere cobrar las despensas, que descuente los esquilmos.* [3] *Otrosi decimos que si él fizo despensas provechosas al heredamiento ó á la casa agena de que era tenedor, si las fizo en buena fé cuidándolas facer en lo suyo, que las debe cobrar, maguer non oviese menester de las facer; mas si ovo mala fé, sabiendo que la casa era agena, si el señor non gelas quisiese pechar, puede el otro llevar la labor que fizo y facer.* [4] *Si los tenedores de casas ó heredamientos agenos facen despensas que non son muy provechosas, mas son á apostura de la casa ó de la heredad, asi como las pinturas que facen en ellas ó los caños por que nazca y*

el agua, ó las otras cosas semejantes destas que facen y, como por haber deleite por ellas, mas que pro; si ovo buena fé cuidando que aquello en que lo fizo era suyo, puede tomar lo que oviere fecho é llevarlo. [b] *Pero si aquel cuya era la casa ó la heredad le quisiere dar tanto por ello cuanto podria valer, despues que fuese ende tirado, débegelo dar. Mas si oviese mala fé, en teniendo la casa ó la heredad, pierde todo cuanto y fizo, é non puede ende llevar ninguna cosa.*

Dos circunstancias hay que observar en la ley: la clasificacion de los gastos y la doctrina acerca de su indemnizacion. De lo primero hemos hablado antes de ahora. Lo segundo queda reducido á reglas bien precisas: 1.°, los gastos necesarios son abonables á todo poseedor de buena ó mala fé, quienes podrán retener la cosa hasta que se haga el abono. No se aprecia en estos casos la buena ó la mala fé, porque sin esos gastos que son de absoluta necesidad, la cosa se habria empeorado ó perdido. Seria culpable de no haberlos hecho, y responderia de los daños consiguientes á su negligencia: obra mal en retener la cosa ajena, pero no en conservarla. Los gastos de conservacion ordinaria, como los reparos módicos en los edificios, no son propiamente necesarios.

El beneficio está neutralizado por una compensacion: nuestra ley, siguiendo el espíritu de otras romanas, declara con repeticion que tales gastos han de compensarse con los frutos percibidos: no señala otra causa que la disposicion misma, pues no *es tan guisada cosa*, por mas que así lo crea el legislador, que el que quiera cobrar los gastos descuente los esquilmos. El Proyecto de Código no autoriza dicha compensacion, la cual, segun Goyena, es contraria al principio de la ley, y hace de peor condicion al mejorante y cuidadoso que al indiferente ó descuidado. Mas aunque esto parece lo equitativo, no es, sin embargo, lo legal. Todas las dudas que podrian hoy promoverse, que no serian mayores que las sostenidas por los romanistas, se estrellan contra esta ley y la 41, que dispone sustancialmente lo propio. No olvida el comentador que en opinion de algunos las leyes hablan de las

impensas de lujo, pues en cuanto á las necesarias y las útiles *possesor bonæ fidei habere debet impensas in totum ultra fructus*; pero recuerda que el texto es terminante, y que en las leyes alfonsinas, como en las romanas que les sirvieron de modelo, *de sumptibus necessariis et utilibus disponitur quod compensentur cum fructibus.*

Segunda conclusion: los gastos útiles son tambien abonables al poseedor de buena fé con el mismo derecho de retencion; pero no al poseedor de mala fé, si bien podrá llevarse este las mejoras cuando el propietario no las abonase. Conviene evitar el equívoco que podria resultar entre las palabras mejoras y gastos: en lo edificado suele suceder que los gastos esceden á la mejora ó utilidad real, y lo contrario en las plantaciones. La regla por Derecho Romano era: *Usque eo duntaxat, quo pretiosor factus est, etsi plus pretio fundi accessit (quam impensum est) solum, quod impensum est* (Ley 38, tít. I, lib. VI, Dig.). La ley 41, tit. XXVIII, Part. III, dice tambien *todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella.* Lo peor de estas leyes es el número de limitaciones que espresan; la diferencia de casos y personas hace que parezcan poco equitativas. Hemos visto que han de abonarse las espensas; pues bien: la ley 41 añade que si importasen tanto, ó el que venciese la cosa en juicio fuese tan pobre que no pudiera pagarlas, el poseedor puede arrancar la obra que hizo y hacer de ella lo que quiera, á menos que el señor quisiere pagarle cuanto valiese lo llevado.

En cambio, ni esta ley ni la 44 espresan una circunstancia que era esencial; parece que la facultad concedida al dueño de las mejoras útiles para retirarlas, si no se le abonan, debe de ser sin detrimento de la cosa mejorada, entendiéndose que le hay siempre que la cosa desmerezca de su estado actual; por ejemplo, rayando la pintura ha de dejar la pared blanca segun la recibió.

Tercera conclusion: los gastos voluntarios ó de puro placer y ornato, no son abonables á ningun poseedor; pero el de buena fé podrá quitar las obras concurriendo las circunstancias espresadas en cuanto á los gastos útiles respecto al posee-

dor de mala fé. Debemos hacer lo que sin perjuicio nuestro aprovecha á otros: de ese modo se transigen con arreglo á la equidad estas cuestiones que resolvió Celso en la ley 38, título I, lib. VI, del Dig., la cual sirve de fundamento á la nuestra. Hablando de estos gastos, dice juiciosamente aquel jurisconsulto: *neque malitiis indulgendum est: si tectorium (puta) quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.* El poseedor lo pierde todo, porque como espresa el comentador, *ædificando donare videtur* (glosa 3.ª).

En el caso de todo poseedor de mala fé se encuentra el que teniéndola buena cuando adquirió la finca, emprendió la obra sabiendo ya *que aquel de quien la ganó non habia derecho de la enagenar; non debe cobrar las despensas que y fizo, mas puede llevar ende aquello que y metió ó labró* (41).

El Proyecto de Código, en conformidad con la ley 10, párrafo 1.° y 2.°, tít. III, lib. XXIII del Dig., ha declarado que las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, ceden siempre en beneficio del propietario (*Art.* 433).

En el 434 previene que el poseedor de buena fé no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseida, aunque haya ocurrido por caso fortuito, lo cual está de acuerdo con la ley 31, § 3.°, tít. III, lib. V. Dig. *Culpæ hujus reddat rationem, nisi bonæ fidei possesor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hæreditatem.* El poseedor de buena fé puede todo lo que podria un propietario hasta que se presente el dueño: *tantum bona fides tribuit, quantum ipsius reí proprietas.* El poseedor de mala fé está siempre constituido en mora y aun en dolo.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 13 de Octubre de 1856 se declara: Que solo puede tener lugar el abono de mejoras, segun las leyes, cuando se prueba la existencia de las espensas y mejoras, cuya indemnizacion se reclama, con arreglo á las leyes 41 y 44, tít. XXVIII, Part. III.

Segun otra de 26 de Noviembre de 1860, al poseedor de mala fé no se le priva del derecho de reclamar las mejoras ó despensas, porque las hay que se le deben conforme á derecho segun su clase.

§ VII.

Modos de perder la posesion.

La posesion puede perderse natural ó civilmente: lo primero cuando por algun accidente que sobreviene, deja de poseerse realmente la cosa: lo segundo, cuando sin dejar de ser poseedor, se interrumpen los efectos propios de la posesion. De los casos en que se pierde naturalmente, unos se refieren á las cosas muebles, otros á las raices, y en unos y otros puede perderse con ó sin el dominio.

Veamos si el exámen de las leyes está conforme con la anterior distincion de los autores.

Ley 12.—[1]*Despues que há ome ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor de ella, quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare con voluntad de la non aver: ca como quier que todavia non la tenga corporalmente, siempre puede ser tenedor della en su voluntad.* [2] *E non tan solamente se entiende que es tenedor por si mismo, mas aun por su personero ó por su labrador, ó por su amigo, ...ó por cualquiera que use della en su nombre.*

La voluntad que es necesaria para adquirir la posesion, concurre como elemento necesario para conservarla. La posesion se pierde desde el momento que un poseedor quiere renunciar á ella, porque la direccion opuesta dada á la voluntad, trae consigo la imposibilidad absoluta de reproducir la voluntad originaria, y esta imposibilidad moral del mismo modo que la física nacida de la relacion en que nos hallamos con la cosa, trae por consecuencia la pérdida de la posesion. La intencion es unas veces conocida, otras solo es presumible; pero en cualquier caso es necesario que conste; pues el poseedor que no ha formado propósito de abandonar sus cosas, puédelas retener por si ó por otro á su nombre, y continuar la posesion nacida del dominio, aunque materialmente no las ocupe.

Ley 13.—[1]*Desamparando algun ome maliciosamente la cosa*

arrendada ó alogada, porque otro alguno se apodere della, tal engaño non le empece al señor, nin pierde por ende la tenencia, antes debe ser indemnizado por el arrendatario é colono. [2] *Mas si metiese á otro en tenencia della con intencion que la perdiese el señor ó lo echasen á él della por fuerza, en cualquiera de estos dos casos pierde el señor la tenencia, como quier que no pierde el señorio, é non la puede él despues entrar por si mismo.* [3] *Empero puédese querellar al juzgador del lugar..... que le torne la cosa con todos los daños é los menoscabos: é del forzador que la forzó quel faga entmienda por ende.....*

En el caso de esta ley perderia el dueño la posesion natural de la cosa inmueble, no el señorio; antes usando de él, pediria ser restituido é indemnizado. El solo desamparo de la finca por el arrendatario no le perjudica; pero como podia haber puesto otro en su lugar, á fin da impedir que el dueño ofendido se hiciese justicia por su mano, dice la ley que le está prohibido echar al otro de ella, no el acudir al juez, con lo cual consigue lo mismo y mas, sin promover disturbios.

Al acto del abandono de la posesion podia equiparse el de contribuir con las rentas á otro que no fuese dueño, por lo cual pregunta G. Lopez ¿si con solo esta causa seria privado de su posesion? El acto, como nota Baldo, cambia la causa de la posesion y constituye á otro poseedor; mas aunque los autores se dividen en la interpretacion de los textos citados en la glosa, es indudable que envolveria la pérdida de dicha posesion si el dueño, conociéndolo, no reclamase. No nos perjudicarian los procederes de un arrendatario que posee en nuestro nombre, sino se viese ya el propósito de desconocer nuestros derechos y lesionarlos.

Por la intrusion de otra persona, dice la glosa que perderia el dueño la posesion natural y civil (5 y 6), lo cual será ó no cierto segun el sentido que se dé á estas palabras. Por eso añade que puede obrar *condictione ex lege ad recuperandam possesionem*, y aun recuperarla incontinenti si el intruso puesto en posesion por el colono, sabia que era de otro (7).

Avenidas y otros medios—Ley 14.—*Bien asi como son cier-*

tas maneras porque los omes ganan tenencias de las cosas, así son otros casos para perderlas. El 1.° es por avenidas de rios ó crecimiento de mar que se apoderase de la cosa, de manera que la cobriese toda, así que ni el tenedor ni otro por él pudiese fincar en la tenencia. El 2.° si la cosa fuese mueble é cayese en la mar ó en algun rio. Empero como quier que pierde la tenencia por alguna destas dos maneras, en salvo le finca el señorío al que la pierde para poderla demandar á quien quier que la falle. El 3.° es por enterramiento de un hombre en tierra poseida, porque el lugar se hace religioso.

No dice mal esta ley: como hay varias causas para adquirir, hay otras para perder la posesion, pero todas se resúmen en una, si la adquisicion supone el acto físico y la voluntad, la posesion queda destruida apenas el acto corporal ó el ánimo, ó bien lo uno y lo otro cesan. Con la inundacion del campo desaparece la posesion, porque falta la posibilidad de ejercitar sobre él nuestro poder: y lo mismo sucedia en Roma con el enterramiento que bastaba para hacer religioso un lugar, incapaz, por lo tanto, de ser poseido. El mismo principio rige en cuanto á las cosas muebles, cuya posesion cesa desde que no pueden volver á ser encontrados que es lo que sucede en la cosa caida en el mar ó en algun rio. Mas como aquí hay un hecho pero no un deseo, como la pérdida es involuntaria, por eso con grande acuerdo añade la ley que *en salvo le finca el señorío al que la pierde para poderla demandar á quien quier que la falle.*

La ley 15, tomada de otra *dies cautioni* 4, § Dig. *de damno infecto:* añade una nueva causa que tiene lugar en las casas é edificios ruinosos cuando el dueño no la derribase ni diese fianza. Acerca de este caso previsto por las leyes de policía, y que es materia de un juicio especial en la ley de Enjuiciamiento, poco ó nada tenemos que decir. La posesion dada á los vecinos, tiene por objeto impedir los daños con que les amenazase una finca ruinosa: eso dice la ley. *Casa ó edificio aviendo que se quisiese derribar é los vecinos temiéndose de recebir daño, le ficiesen afrenta que lo derribase ó enderezase*

ó que diese fiadores para enderezar el daño.... si no lo quisiese facer, é por su rebeldia fuesen los vecinos apoderados de aquel edificio por el juzgador.... pierde la tenencia, aquel cuyo era el edificio, si durase en rebeldia.

Omitimos por falta de aplicacion la 16, producto de otras costumbres: los que recaian en servidumbre, perdian segun ella la posesion de sus cosas, porque ni aun eran dueños de si mismos.

Ley 17.—El tenedor de la cosa raiz no pierde la tenencia de ella sino por una de estas tres maneras. 1.ª [1] *si lo echan della por fuerza.* 2.ª *si la entra otro alguno no estando él delante, é cuando viene despues no lo reciben dentro en ella.* 3.ª *cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor é no quiere ir allá, porque sospecha que non lo querrán dejar entrar ó que lo echarian ende por fuerza, si la entrase.* [2] *Empero como quier que pierde la tenencia en salvol finca poder para la demandar en juicio é aun el señorio della.* [3] *Mas si la cosa fuese mueble puede perder la tenencia, maguer el que tenia la posesion non lo sepa á la sazon que la pierde. Esto seria como si la furtasen.* [4] *Empero si algun home perdiese la cosa mueble de que él fuese tenedor ó que la oviese en guarda, siempre se entenderia que es tenedor della en cuanto la andoviese buscando.* [5] *Mas si la cosa no tuviese el señor en su guarda, que la oviese prestada, ó logada ó encomendada á otri, si la perdiese aquel que la toviese por él, en alguna destas maneras, pierde por ende la tenencia. Fueras si fuese siervo, ca maguer se pierda non estando en guarda de su señor, siempre es tenedor dél.*

Segun la ley, se pierde la posesion de las cosas inmuebles por fuerza y por ocupacion estraña; las muebles si las roban ó si se pierden, cuando á pesar de muchas diligencias no se encuentran, lo cual se entiende cuando las perdiera su dueño teniéndolas bajo su custodia, pues si estuvieren bajo la custodia de otro, como v. gr. un comodatario, se pierde la posesion desde que se ha perdido la cosa.

Como la posesion se sostiene por la voluntad, parece anómalo que haya de perderse por hecho de otro, y no obstante,

es indudable que se pierde una cosa cuando otra persona se apodera de ella á viva fuerza ó clandestinamente. De modo que la posesion de un fundo se pierde porque alguno suscite obstáculos al dueño para continuar, ya se proponga poseer por sí, ó limitarse á interrumpir la posesion. La pérdida por espulsion forzada se comprende perfectamente: lo que ha ofrecido dudas es determinar si sucederá lo propio en el abandono por miedo, que puede ser el tercer caso de esta ley; es decir, que uno haya oido que otro se ha apoderado de la cosa, y no se atreva á ir por temor de que no le dejen entrar. A Savigny le correspondia examinar estos casos, y lo hace con prolija minuciosidad; nosotros no tenemos mas que recordar los principios: con ellos á la vista, la dificultad de esta cuestion desaparece, creemos indiferente que el poseedor haya sido realmente obligado á salir, ó que se vea imposibilitado para entrar; el cambio de intencion es un hecho, no es fácil que desee conservar la posesion de una cosa el hombre que por miedo ú otra causa deja de ir allá.

En cuanto á la posesion clandestina, no basta por sí sola para hacer que la pierda el anterior poseedor; la ley exije, como no puede menos, que haya llegado á conocimiento de este: *é cuando viniese despues no lo reciben;* mas aquí pueden presentarse tres casos: ó bien rechaza al ocupante, y entonces no ha perdido su posesion, ó ha tenido que ceder á la violencia de este, y entonces es cuando la pierde, pero por acto violento, no clandestino; ó es que aquel á cuya posesion se atenta no ejecuta acto alguno para conservarla, aunque no se lo impida el temor, y entonces la posesion no es viciosa por aquiescencia del dueño. Sin embargo, en ninguno de estos casos faltan al poseedor medios de recuperar la posesion, y por de contado con mayor razon la propiedad: *é aun el señorio della.*

De las cosas hurtadas decia la ley romana: *rem quæ nobis subrepta est, per inde intelligimur desinere possidere, atque eam quæ vi nobis erepta est* (ley 15, tit. II, lib. XLI, Dig.).

En cuanto á la inteligencia de la palabra *guarda* ó *custodia*

empleada por la ley en su última parte, debe consultarse la ley 3.ª del mismo título y libro, § 13, *Nerva filius*, etc.

Ley 18.—[1] *Aves ó bestias bravas ó pescados, prendiéndolos ó cazándolos, si despues se fuyeren é salieren de su poder, pierde la tenencia aquel que la avia ganado.* [2]*Esto mismo seria cuando los metiese en algun lugar grande, maguer fuese cercado, ó si se metiesen los pescados en algund estanque ó albuhera, como quier que los omes usen lo contrario.*

Esta ley guarda analogía con el § 14 de la 3.ª, antes citada: *item feras.* Nada diremos de su primera parte: no podemos tener la posesion de los animales que recobran su libertad huyendo, pero en el caso de la segunda, la práctica está en oposicion con la ley, lo que llamó la atencion del comentador, pues dice: *nota verbum hujus legis.* A esta observacion, que apunta una dificultad sin resolverla, vamos á oponer el siguiente pasaje de Savigny: «Los animales fieros no están en nuestra posesion, sino cuando hace ya mucho tiempo que hay una medida especial que nos coloca en posicion de apoderarnos de ellos en cualquier tiempo. Así, no toda custodia basta: el que guarda por ejemplo animales salvajes en un parque, ó peces en un lago, ejecuta un acto para conservarlos, pero no depende de su voluntad el apoderarse en cualquier instante de ellos; muchos obstáculos pueden oponerse, y por tanto la posesion no está conservada: no así cuando los peces están encerrados en un vaso ó los animales en una jaula, porque pueden ser cogidos cuando se quiera» *(Pos., § 31).*

Por último, la posesion se pierde civilmente en los términos prevenidos por la ley 29, tít. XXIX, Part. III, que examinaremos al hablar de la prescripcion.

§ VIII.

De los interdictos.

Aunque estamos conformes en mirar la usucapion y los interdictos, como los principales efectos de la posesion, debia-

mos omitir la primera á fin de tratar de ella en el lugar correspondiente, y tenemos que pasar por alto los segundos, porque como todo lo que se refiere á la materia de acciones, corresponde mas directamente á la materia procesal. Las pocas palabras que dedicamos á su exámen, se dirigen solo á demostrar que la posesion no está desnuda de garantías: que el hecho está protegido por el derecho en cuanto repara el despojo é impide el cuasi delito ó el maleficio.

Los romanos distinguieron varias clases de interdictos: entre los posesorios, únicos de que debemos ocuparnos, contaban el de adquirir, el de retener y el de recuperar. No era esta clasificacion demasiadamente científica: cierto que podia intentarse este remedio urgente para adquirir la posesion; pero el interdicto no procedia sino mediante una ficcion, en virtud de la cual se considerase como adquirida la posesion que tenemos derecho á adquirir, ó mirando como base suya la posesion de otra persona de quien el demandante es sucesor. Ambas consideraciones son insuficientes, como prueba Savigny en el pár. 34. Una vez demostrado que los interdictos posesorios tienen un punto comun, presuponen un acto, cuya forma solo es ya igual; como no aparece que esa circunstancia se cumpla fuera del caso de despojo ó de mayor ó menor perturbacion, hablando con propiedad, los interdictos de retener y recuperar la posesion, son las únicas acciones posesorias.

Para conocer qué personas pueden usar de este remedio, materia que es de interés práctico, no hay mas que recordar que semejantes acciones no exigen el cumplimiento de ninguna otra condicion, sino la existencia de la posesion. En virtud de ese principio el dueño, el usufructuario, el acreedor pignóraticio, y los que tengan una cosa por título traslativo de dominio, aunque resultase nulo, como el de las donaciones entre esposos, todos estos, siendo interrumpidos en su posesion, pueden usar del interdicto. No se les exige mas que dos requisitos: 1.°, probar el hecho de la posesion; 2.°, la usurpacion ó interrupcion por otro.

Estas acciones tienen, como no puede menos, una tramitacion breve, acomodada á su objeto, pero de la que, por ser materia estraña al nuestro, no debemos hacernos cargo. Véase el título XIV de la ley de Enjuiciamiento civil.

CAPÍTULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES.

§ I.

Reseña histórica.

La doctrina de servidumbres ha debido ser antigua, porque no se concibe un derecho sin un deber que le limite, y la carga de las servidumbres es el resultado inmediato de la relacion que existe entre familia y familia, del contacto de sus respectivas propiedades. La situacion de las fincas, la voluntad de los particulares y la ley que demanda algunos sacrificios en nombre del servicio público, son las fuentes principales de las servidumbres, que clasificadas por su origen, se han distinguido por los nombres de naturales, convencionales y legales. Cuanto mas sencilla y mas espontánea se presenta una institucion, tanto menos depende del auxilio de las leyes. Nuestros códigos antiguos no ofrecen un conjunto armónico de preceptos que formen lo que podríamos llamar la historia legal de las servidumbres; pero dan idea de un gravámen cuyo influjo se sentia en la práctica. En la ley 9.ª, tít. III, lib. VIII del Fuero Juzgo, hallamos dos disposiciones importantes: la primera reconoce la servidumbre natural ó civil de paso de un fundo, y el derecho de tránsito por los caminos públicos. Si alguno, dice, tiene alli viña ó prado con fruto, *é por ventura ficiere cerca en derredor, de manera que non pueda ome pasar sino por la vinna é por la miesse, el que pasa, si ficiere algun danno, non es tenudo de ge lo meiorar.* La segun-

da prohibe el acotamiento de los eriales y barbechos; *é los campos que yacen desamparados en que non há fructo si alguno feciere y valladares, nenguno non deje de entrar dentro por aquellos valladares, nin por otras defesas que les fagan.*

No será tampoco un modelo el Fuero Viejo de Castilla; pero podriamos citar leyes del tít. V y VI del lib. IV, que demuestran que ni se desconoció ni quedó desatendida esta necesidad de la agricultura. Sirva de ejemplo la ley 5.ª: *Si un ome á casa ó viña entre otras eredades é defiéndenle los eréderos de las otras eredades que non entre nin salga, é dis el otro que entrada é salida á de aver, el alcalle debe mandar que vayan allá los omes bonos al deanos, é si aquella eredat fallaren por buena verdat que á entrada é salida, entre é salga por y; é si non fallaren por do entrar é salir, caten por do sea mas cerca la entrada, é denle entrada é salida por alli, ca ninguna eredat es sin entrada nin salida.*

Podriamos asimismo citar leyes análogas del Fuero Real, señaladamente del tít. IV, lib. III, que trata de labores y particiones. Pero lo creemos escusado, porque este y cuantos Códigos reflejan el precedente germano, fueron oscurecidos por las Partidas, producto, como es sabido, de mas adelantada civilizacion.

§ II.

Definicion de la servidumbre.

Ley 1.ª, tít. XXXI, Part. III.—*Servidumbre es derecho é uso que ome há en los edificios ó en las heredades agenas para servirse dellas á pro de las suyas.* Bartolo echaba de menos una definicion en el título del Digesto sobre las servidumbres, y supliendo esta falta dijo: *Servitus est quoddam jus prædio inherens, et ipsius utilitatem respiciens, et alterius prædii jus, sive libertatem minuens.* La ley 1.ª del tít. I, lib. VIII, Dig., con efecto se limitó á espresar: *Servitutes aut personarum sunt ut usus et usufructus; aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum et urbanorum.* Convenia, pues, encontrar la fórmula de ese gravámen que es derecho porque atribuye facultades sobre cosa ajena, y es servidumbre porque la

carga que impone sobre la finca es como esclavitud que la obliga al servicio ajeno. Aunque no hay oposicion entre estas dos ideas, pues al contrario, coinciden para formar el estado de servidumbre, por atender á la una con preferencia á la otra, tenemos hoy definiciones que, siendo las mismas en esencia, aparecen distintas en los términos. El Código francés definió la servidumbre: « Gravámen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra perteneciente á distinto dueño » *(Art. 637)*. Basta que el Proyecto de Código haya aceptado esta definicion para que algunos autores la repitan, abandonando otra que tenia la autoridad de las escuelas; es la siguiente: «Derecho constituido en cosa ajena, inmueble, en virtud del cual el señor de ella se obliga á permitir ó no hacer algo en beneficio de otro: » *Servitus in fundo dominante est jus... servitus ex parte fundi servientis est in patientia* (CAEPOLLA, cap. XIII). Si deseamos alejar la parte odiosa de este gravámen, podemos añadir, aprovechando una indicacion de Pardessus en su *Tratado de Servidumbres*, que esa diversidad de situaciones entre las fincas no constituye ninguna preeminencia entre ellas.

§ III.

Division de la servidumbre.

ARTÍCULO 1.°

Division en rústicas y urbanas.

Son dos maneras de servidumbres: *la primera es aquella que há una casa en otra; á esta llaman en latin* urbana: *la segunda es la que há una heredad en otra, é á esta dicen en latin* rústica (*ley* 1.ª).

Tambien esta definicion ha ofrecido dificultades. En el uso general se da el nombre de propiedades rurales, no solo á los campos, sino á los edificios y medios de esplotacion, del mismo modo que se llama urbanos, no solo á los edificios de una

ciudad, sino á los patios y jardines adyacentes: *Urbanum prædium non locus facit sed materia...* (ULPIANO, 198, *de verb. sign.*). No se sigue la misma regla tratándose de averiguar la naturaleza de las servidumbres: entonces, como lo dan á entender las palabras de la ley, conviene distinguir la superficie (casa) del suelo (heredad). Paulo representó en una breve fórmula esta diferencia: *Servitutes prædiorum, aliæ in solo sunt, aliæ in superficiis consistunt.* De modo que hay servidumbres que reciben su existencia del suelo, independientemente de toda superposicion, edificacion, etc.; como por ejemplo, la de paso: otras, por el contrario, fundan su elemento principal en la idea de superficie, ó sea cualquiera superposicion; como por ejemplo, la de vistas, luces, etc. De esta esplicacion no es posible apartarse, como tendremos ocasion de ver estudiando la índole de todas las que vienen comprendidas en cada una de las dos especies.

Artículo 2.°

Division en real y personal.

E aun es otra servidumbre que gana ome en las casas agenas para pro de su persona, é non há pro señaladamente de su heredad, asi como haber el usofruto para esquilmar algunas heredades agenas ó aver el uso tan solamente en la casa do moraba, ó en casas de otri, ó en obras de algunos siervos, menestrales ó labradores (ley 1.ª).

El Proyecto de Código, siguiendo el ejemplo de todos los modernos, omite esta division. Verdad es que, en opinion de algunos autores, tampoco tiene un orígen legal, pues dicen que bajo el epígrafe de *servitutibus*, que se halla en el tít. I del lib. VIII del Digesto, solo vienen incluidas las reales ó prediales, y que el correspondiente título de Partidas habla de las personales al final y como por incidencia.

Cualquier método que se adopte alterará el órden, pero no influirá sobre la esencia de las cosas. Nosotros consideramos muy juiciosas las siguientes observaciones de Rogron:

« Esa division, á pesar del silencio del legislador, no está proscrita; el usufructo, el uso y la habitacion son todavía verdaderas servidumbres personales, porque en los tres casos y otros semejantes el fundo está sujeto á distinta persona que al propietario, sujecion que constituye la servidumbre, y que es personal, porque los servicios son debidos á la persona. El temor de hacer revivir antiguas ideas del feudalismo ha podido ser causa de que el legislador no consagrase positivamente esta division; pero su silencio no puede cambiar el órden de las cosas. » Goyena no cree que semejante peligro haya entrado para nada en el ánimo del legislador. Nosotros, aunque la creemos remota, no tenemos por improbable esa causa. El interés ha producido algunas veces una lamentable confusion en las ideas: entre la esclavitud personal y la servidumbre de la tierra hay la analogía que existe siempre en dos ideas cuando están representadas por una palabra comun. Algun autor hay que parte del principio de que la servidumbre afecta á las personas ó á las cosas, y que hace preceder á esta materia algunas indicaciones sobre el estado de la esclavitud en las colonias. Pero aun sin esto, ¿qué orígen reconoce la division en servidumbre real, personal y mixta? Salvado ese inconveniente, que en tiempos feudales seria una realidad, y que en los nuestros podia ser motivo de equivocacion, puede pasar esa diferencia. En una obra didáctica sirve como principio de método para examinar por separado las servidumbres reales y personales. Nosotros, por lo menos, vamos á seguir este órden, aunque estableciendo primero algunas generalidades.

§ IV.

Caractéres de las servidumbres.

Artículo 1.°

Caractéres esenciales.

1.° *La servidumbre no puede existir sin una cosa inmueble:* Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt: § 3.°, *tit. III, lib. II, Inst.* Dejaria de ser carga, si faltase este requisito; el primero que se nota en la definicion: carga que respecto del predio sirviente es pasiva; pues no exige acto ninguno, aunque disminuye el valor del fundo gravado. La 1.ª consecuencia que se deduce de este principio, es que no puede ser vendida ni arrendada con separacion del fundo que se aprovecha de ella. Como dice la ley 12 de dicho título y libro de Partida: *la servidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad ó del edificio en que es puesta.* La 2.ª es que no puede ser hipotecada con independencia de la heredad á que se debe. Obra la misma razon que en el caso anterior, por lo cual sobre existir algunos textos en el Derecho Romano, que así lo determinan, tenemos en una fecha mas moderna la ley Hipotecaria que lo confirma (artículo 108, núm. 6).

2.° *Las servidumbres son derechos reales.*—Su objeto es atribuir á aquel á quien pertenecen un derecho real sobre el fundo gravado; tener respecto del mismo cierta propiedad. Constituye, pues, un derecho principal, y no como la hipoteca un accesorio de otra obligacion personal; así es, que vendida la propiedad á que afecte una servidumbre, no se puede obligar al que la tiene á que tome su reembolso, ni exigirle que la convierta en una suma convenida: tampoco es una obligacion de hacer ó no hacer que se resuelva en la de daños y perjuicios. El crédito, la hipoteca y las servidumbres, son cosas diversas: el derecho resultante del primero existe solo contra la persona obligada; el pago estingue la deuda: la hi-

poteca, aunque gravita sobre la finca, no constituye mas que una garantia, y se estingue tambien por el pago de la deuda: solo la servidumbre tiene el privilegio de afectar á la cosa sobre que recae en beneficio de otra, cualquiera que sea el propietario. Por eso se dice que las servidumbres no se estinguen por la compensacion: si la finca ó el predio sirviente adquiere sobre el dominante un gravámen análogo, permanecerán invariables, como los dueños por mútua voluntad no alteren este efecto. Consecuencia de estos principios es, que las trasmisiones de propiedad no producen cambio alguno en el estado de las servidumbres: la heredad dominante y la heredad sirviente conservan su cualidad activa y pasiva; y esto acontece lo mismo en la trasmision hecha por contrato que la que se verifica por causa de muerte, no hay mas escepcion que pacto ó convenio en contrario. El Derecho Rómano contiene numerosos ejemplos de aplicacion de las reglas anteriores.

3.° *No pueden establecerse sino en utilidad ó en favor de una cosa inmueble.*—Las servidumbres son cargas impuestas sobre fundos en provecho de otros; de tal modo, que los propietarios ó poseedores vienen como en segundo término. Esta es la razon que dan para no tener por verdadera servidumbre al usufructo. Por otra parte, como restringen en mas ó en menos la libertad del propietario, no se concibe la existencia de servidumbres que no produzcan alguna utilidad, aunque este caso no carece de dificultades. ¿Qué se entiende por uso y utilidad? El Derecho Romano admitia que pudiera concederse una servidumbre por simple recreo, como sucedia con la servidumbre de vista; *quæ prædii causam meliorem aut ameniorem facit ut prospectus* (Cujas, *in* lib. II, Resp. Papiniani, *ad leg.* 4, Dig. Servit. *rust. præ.)*. Con efecto, un propietario puede recibir gran placer de que ningun edificio le estorbe la vista, y aumentar, mediante ese convenio, el valor de su finca: las palabras, uso y utilidad han de tomarse, pues, en sentido lato, siempre que se cumpla el fin de las servidumbres; es decir, que sea un beneficio para todo poseedor del fundo, no precisamente para determinada persona.

Tambien se ha creido que la utilidad ha de existir desde el momento del contrato, añadiéndose que si se pactare para tiempo futuro ó en la espectativa de un edificio, debia quedar mientras tanto *en suspenso*. La estipulacion de una servidumbre, de la que no se espera utilidad actual ó lejana, es nula por falta de causa y de interés. Pero se necesita que la inutilidad sea absoluta y no aparente. Con arreglo á estos principios, valdria la estipulacion de una servidumbre para la utilidad futura de un fundo, v. gr., en beneficio de una casa que está por construir, el interés justificado equivale á un interés presente: *futuro quoque ædificio quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.* Dig., lib. VIII, tit. II, l. 23, §. 1.º....

4.ª *Las servidumbres no tienen lugar sino sobre predios de propiedad agena.* —La tierra es libre: mal podrá decirse que esté en servidumbre la que solo sirve á su dueño: *nulli enim res sua servit jure servitutis* (ley 26, Dig. *de serv. præd. urban.*). Sin embargo, no es tan absoluto este principio que no admita modificaciones. El condominio en una cosa, no escluye de una manera absoluta la existencia simultánea del derecho de servidumbre sobre la misma cosa en favor de uno de los co-propietarios; asi por ejemplo, supongamos que Pedro, propietario de una casa, tiene un derecho de vista sobre otra inmediata, y que por consecuencia de una donacion ó sucesion llega á ser co-propietario de la casa vecina; este título no estinguirá su derecho de vista sobre la heredad sirviente, porque la ejerce únicamente como propietario de la heredad dominante. No obstante, para que la servidumbre continúe existiendo, se requiere que el derecho de servidumbre de la heredad dominante, sea distinto del que el propietario puede ejercer en virtud de su co-propiedad; de manera que si la servidumbre fuese de paso, podria ser absorbida en la co-propiedad que diese lugar á él, pero quedaria solo suspensa en su ejercicio, por lo que renaceria si la indivision concluyese.

5.º *Las servidumbres no imponen obligacion personal, ni establecen ninguna preeminencia de un fundo sobre otro.*—Consisten, segun hemos dicho, en sufrir y dejar de hacer, nunca

en hacer. Antes hemos hecho ya notar esta diferencia que existe entre una servidumbre y una obligacion: la primera, como derecho en la cosa, subsiste, sea cualquiera el propietario, y acompaña á la cosa cualesquiera que sean las manos á que pase; la obligacion no liga sino á la persona que ha consentido el contrato y sus herederos. La segunda parte de este principio es conforme con el art. 638 del Código Napoleónico, el cual, declarando que la servidumbre no establece preeminencia de una heredad sobre otra, se propuso hacer imposible la vuelta á las servidumbres feudales, que no solo pesaban sobre las personas, sino que aun respecto de los bienes distinguian entre nobles y pecheros.

6.° *Las servidumbres son indivisibles.*—La indivisibilidad de la servidumbre es un supuesto jurídico espresamente sancionado por las leyes de Partida. La 9.ª dice: *Placiendo á algun ome de otorgar servidumbre en su casa ó en su heredad, á edificio ó á heredamiento de otro; si despues de tal otorgamiento se muriese aquel á quien fué fecho, maguer dejase muchos herederos, cada uno de ellos puede demandar toda la servidumbre. E esto es, porque la servidumbre non se puede partir. E por ende non podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosi decimos, que si el que oviese otorgado la servidumbre en lo suyo, se muriese é dejase muchos herederos, que puede ser demandada la servidumbre toda enteramente á cualquier dellos, é son tenudos á ella, asi como era el señor cuyos bienes heredaron.* Sobre este requisito, Pothier en la introduccion al título de las servidumbres se espresa así: «Los derechos de servidumbre real son indivisibles y no admiten division de partes reales, ni aun intelectuales, porque repugna que una heredad tenga sobre la de su vecino una parte de derecho de paso, de vista, etc. El uso de un derecho de servidumbre puede hallarse limitado á ciertos dias, á ciertas horas; pero este uso cuyo derecho es limitado es un derecho entero de servidumbre, y no una parte de derecho.» M. Bugnet en sus notas sobre Pothier completó la anterior doctrina mediante una distincion que parecia precisa. Si se consideran las servidumbres en el derecho

que establecen, han de ser indivisibles, porque lo propio acontece en toda obligacion, el vínculo del derecho existe ó no existe, lo que no se concibe es que pueda existir por parte. Pero si se las considera con relacion á su objeto, serán como las obligaciones, divisibles ó indivisibles, segun que la utilidad que hayan de procurar sea ó no susceptible de partes. De este modo hay que entender á Pardessus, Duranton y cuantos escritores hablando de servidumbres, dicen que pueden ser disminuidas por prescripcion, que despues de dividido un fundo, pueden ser ejercitadas por los propietarios, y cada cual puede perder su ejercicio. Todas estas esplicaciones no se apartan de los principios que quedan establecidos, principios reconocidos por la ley puesta á la cabeza de estas líneas y alguna mas del mismo título; la 10, la 18, etc.

Artículo 2.

Caractéres accidentales de las servidumbres.

Los autores colocan en este número la continuidad, la discontinuidad, la apariencia y la no apariencia. Esta nomenclatura es el orígen de una division, que mejor ó peor comprendida, se encuentra en todos los Códigos antiguos y modernos.

Servidumbres contínuas son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervencion de ningun hecho del hombre, como por ejemplo las de luces y otras de la misma especie. Las segundas son aquellas cuyo uso necesita algun hecho actual del hombre, v. gr. las de senda, carril y otras de esta clase. La anterior definicion tomada del Proyecto de Código concuerda con la ley 15 de Partidas: es continua *seyendo de tal natura que ficiese servicio á otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe; asi como aguaducho... ó si alguno oviese viga metida en pared de su vecino; ó abriese finiestra en ella, por do entrase lumbre á sus casas; ó le contrallase que non alzase su casa porque non le tollese la lumbre*, etc. *ó*

otras semejantes dellas, de que ome se aprovechase sin obra de cada dia. Discontinuas son las otras servidumbres de que se ayudan *los omes para aprovechar, é labrar sus heredades, é sus edificios, que non usan dellas cada dia, mas á las veces, é con fecho, asi como senda, carrera ó... agua que viniese una vez en la semana, ó en el mes, ó en el año, é otras semejantes dellas.*

La ley 7.ª tít VI, lib. VIII, Dig., cuyo epígrafe es de *servitutus, cujus usus non est continue,* prueba que en Roma no se desconoció esta regla, de la cual hizo aquel derecho frecuentes aplicaciones.

Servidumbres aparentes son las que se anuncian por obras ó signos esteriores dispuestos á su uso y aprovechamiento, como una puerta, una ventana, un cauce ú otras semejantes. No aparentes son las que no presentan signo esterior de su existencia, como el gravámen de no edificar en cierto lugar; el de no levantar un edificio sino á una altura determinada y otros parecidos *(P. de Cod.).*

Estas divisiones son la base de todo el sistema de legislacion sobre adquisicion y estincion de las servidumbres. Conviene advertir que las servidumbres continuas y discontinuas pueden ser aparentes ó no aparentes. Asi la servidumbre de conducir agua es continua y aparente; la prohibicion de no edificar sino hasta determinada altura, es servidumbre continua pero no aparente. De la misma manera el derecho de paso que es servidumbre continua, puede ser aparente si está manifestado por un camino ó una puerta que dá sobre la heredad vecina; no aparente sino hay señal esterior que la manifieste.

Suele tambien hacerse otra distincion de las servidumbres en afirmativas y negativas. Las primeras consisten en permitir *(in patiendo)* que otro haga algo en nuestra heredad; como la de paso: las segundas en no hacer *(in non faciendo)* lo que sin ellas habriamos podido hacer en nuestra cosa. Todas las servidumbres negativas son no aparentes.

§ V.

De las servidumbres Reales.

Artículo 1.°

Servidumbres urbanas.

Ley 2.ª—*Urbana servidumbre es aquella que há un edificio en otro asi como* [1] *cuando la una casa ha de sofrir la carga de la otra, poniendo en ella pilar, ó coluna, sobre que pusiese su vecino viga para facer terminado, ó cámara ó otra labor semejante della;* [2] *ó de haber derecho de foradar la pared de su vecino para meter y vigas,* [3] *ó para abrir finiestra por do entre la lumbre á sus casas;* [4] *ó aver la una casa á recebir el agua de los tejados de la otra que vengan por canal ó por caño ó de otra guisa;* [5] *ó aver tal servidumbre, la una casa en la otra, que la nunca pudiese mas alzar de lo que era alzada á la sazon que fué puesta la servidumbre, porque le non pueda toller la vista, nin la lumbre, nin descubrirle sus casas;* [6] *ó aver ome servidumbre de entrar por la casa ó por el corral del otro, á la su casa, ó á su corral, ó alguna otra cosa semejante destas que sean á pro de los edificios.*

Nos apartamos de las clasificaciones modernas: sabemos la facilidad y aun la claridad que daria á nuestro trabajo la division del Código francés que sigue el Proyecto del nuestro, y que copia algun escritor contemporáneo para presentar un cuadro completo de las servidumbres. Pero la materia es vasta, debemos contentarnos con esplicar las servidumbres convencionales, nos seria imposible definir las públicas que reconocen un orígen legal y están principalmente á cargo del derecho administrativo.

La ley de Partida que dejamos trascrita reproduce si no todas gran parte de las especies de servidumbres trasmitidas por el Derecho Romano, con cuyo auxilio, y sin salirnos de su nomenclatura, las vamos á esplicar ya que como obasrva

perfectamente Dalloz, la admirable concision de la lengua latina permitió á los romanos dar un nombre especial y espresivo á cada una de ellas.

Servidumbre de apoyar sobre la casa del vecino (*oneris ferendi*).—Consiste en el derecho de apoyar el propietario su casa ó columna sobre la columna ó casa del vecino. Gregorio Lopez declara que es distinta esta servidumbre de la de *tigni inmitendi*, consistiendo la diferencia en que el dueño del predio sirviente en la de *tigni inmitendi* no está obligado á los reparos. Los autores señalan como una particularidad de esta servidumbre que el propietario del pilar ó de la pared de apoyo está obligado á sostenerla, lo cual es contrario á la regla de que las servidumbres no consisten jamás en hacer. Fundándose en cierto fragmento de Paulo, se ha dicho, aunque no con seguridad, que la escepcion provenia de que era costumbre establecer dicha servidumbre, añadiendo la ley: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* En España donde la ley no establece semejante fórmula, se sostiene por autoridad ó por práctica.

Otras dos cuestiones promueve el comentador: 1.ª si no apareciendo la constitucion de esta servidumbre, se presume que existe por el hecho de haberla prestado el edificio por tiempo inmemorial; y 2.ª si subsistirá del mismo modo, aunque el edificio se haya derruido. La primera no ofrece dificultad, dado que la prescripcion es un medio de adquirir la servidumbre. Casi dice lo mismo en cuanto á la segunda, pues supone que la ley procede, aunque se hubiese derruido el edificio; pero dudamos que pueda aplicarse á este caso la ley 20 de *serv. urb.* § *si sublatum*, porque estando en libertad su dueño de usar del gravámen, cuando no hace uso de él, se presume que renuncia á su derecho, lo cual basta para la estincion de la servidumbre.

Las reglas para el ejercicio de la presente son sencillas: el dueño del predio dominante debe ceñirse á su derecho sin aumentar la carga en perjuicio del sirviente; el dueño de éste por su parte necesita conservar las cosas en buen estado, reparar la pared ó el punto de apoyo de la servidumbre.

Servidumbre de horadar la pared para colocar un madero *(tigni inmitendi)*.—Aunque la ley emplea esta palabra, los intérpretes suponen que se refiere á cualquier otro objeto de los que entran en la construccion de un edificio, cuya inteligencia está apoyada en varios textos del Derecho Romano. Con mas motivo que el comentador debemos omitir las varias, aunque eruditas cuestiones que trata Cæpolla en el cap. XXX, parte 1.ª La convencion es ley en este caso: han de cumplirse las condiciones señaladas en su concesion, y si por oscuridad ó insuficiencia de estas ocurriesen dudas, resolverlas del modo mas favorable á la libertad de la finca gravada.

Servidumbre de avanzar la obra sobre el predio del vecino *(projiciendi, protegendi)*.—Las leyes romanas establecieron estas servidumbres, que acepta la nuestra de Partidas: la servidumbre *projiciendi* da derecho á sacar sobre cierta área, pero sin descansar en ella, alguna parte del edificio del vecino: la de *protegendi* sirve para tener saliente sobre nuestra área el tejado de la casa del vecino con el fin de evitar que la intemperie cause daños á su edificio. Se necesita una de estas servidumbres para hacer el menor avance sobre el solar ajeno, y el único gravámen que imponen al dueño de esta es que ni construya ni plante en el punto de salida. No se tolera cuando da sobre calle ó plaza pública, como no sea por privilegio, mediante la inmunidad de que gozan las calles y plazas destinadas al tránsito público.

Servidumbre de luces *(jus luminum)*.—La ley de Partida, conforme con el Derecho Romano, cuenta entre las servidumbres urbanas la de abrir ventanas por donde entre la luz. No teniendo mas objeto que dar claridad á un aposento, se verifica por aberturas practicadas á cierta elevacion. Pero por lo mismo que tan fácil parece remediar esta necesidad, ocurren frecuentes dudas acerca de la estension de las servidumbres, Desde luego se comprende que nadie debe tomar luz por la pared del vecino si puede darla á sus edificios por su pared propia: cuando por no ser esto posible se acude al auxilio de esta servidumbre, debe aprovecharse con arreglo á los térmi-

nos de su concesion. Y por de contado, en asunto que pertenece al ramo de policía urbana, cuidando de que se cumpla lo que las ordenanzas de los diferentes pueblos tienen prevenido.

Difícilmente podria resolverse por los preceptos comunes el siguiente caso propuesto por Ardemans en las Ordenanzas de Madrid: supóngase que existe esta servidumbre de luces, y que el vecino trata de levantar la casa contigua. El referido autor afirma que si el vecino quisiere levantar su casa y necesitare tapar las ventanas de medianería, puede y debe hacerlo sin que el otro se lo pueda embarazar, por pertenecerle centro y suelo.

Algunos lo resisten apoyándose en las reglas comunes de prescripcion. Pero desde luego se comprende que falta materia para prescripcion cuando solo aparece un acto de mera tolerancia: la ventana abierta sobre el terrado vecino ó un solar abandonado, no ha de ser un obstáculo que impida ó dificulte las construcciones.

La mera servidumbre de luces no da derecho para registrar la casa del vecino, y menos para echar materias arrojadizas. Con esta precaucion se emplean las correspondientes medidas, abriendo las ventanas altas, y colocando, si menester es, una alambrera.

Cuando la servidumbre de luces estuviese legalmente constituida, no puede edificarse sin dejar pátio, cuya estension varia desde ocho á nueve pies.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 14 de Mayo de 1861 se ha declarado, entre otros particulares, lo siguiente: Que por atendibles y recomendables que sean las Ordenanzas de Policía Urbana de Madrid, como reglas facultativas, no pueden equipararse en el territorio de Aragon á una ley espresa para fundar en ellas, suponiéndolas infringidas, un recurso de casacion: que segun la observancia 6.ª, lib. VII, allí vigente, así como cualquiera tiene facultad para abrir ventanas en la pared comun, tambien la tiene el vecino para edificar, obstruyéndolas, á no ser que la casa no pueda recibir luces por otra parte.

Servidumbre de vistas *(prospectus, nec prospectui officiatur)*.—El

Derecho Romano conoció la servidumbre de vistas que consissistia en sufrir que el vecino las tuviera sobre nuestra finca, sin que nos fuera permitido hacer en ella nada que las impidiese ó menguase. *Est et hæc servitus ne prospectui officiatur.* La misma palabra indica que es mas estenso que la de luces, pues no consiente que el dueño del predio gravado haga plantaciones ó construcciones en perjuicio de dicha servidumbre. No hay términos mas precisos para denotar esta diferencia, que los empleados por las leyes 15 y 16 del mismo título y libro: *quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum* (15) .....*prospectui etiam ex inferioribus locis est* (16).

La ley de Partida habla de esta servidumbre como resultado de la de no levantar mas alto; pero siendo tan exígua su doctrina, hay que completarla mediante las reglas admitidas por práctica ó por costumbre. Las vistas pueden ser de dos especies: derechas que se practican en una pared paralela á la línea divisoria de dos predios, y oblícuas, que se encuentran en una pared perpendicular á esta línea, y formando con ella un ángulo recto. Cuando la pared está situada en la línea divisoria de los dos predios, hay que distinguir si esta es ó no medianera. En el primer caso, uno de los dueños vecinos no puede sin el consentimiento del otro practicar en aquella pared ninguna ventana ni abertura. Si ambós dueños convienen, entonces deben adoptarse las precauciones oportunas para que exista seguridad independiente entre los predios. No siendo la pared medianera, puede el dueño con iguales seguridades abrir las ventanas que quiera, siempre que el predio del vecino se encuentre á alguna distancia.

Las vistas derechas ú oblícuas, se disfrutan por medio de ventanas, balcones, balaustradas, etc., pueden colocarse á gusto de los dueños, sin mas limitacion que el de que separe cierta distancia su predio de el del vecino. El Proyecto de Código, por ejemplo, dice que no se pueden tener vistas rectas, sino hay seis piés de distancia entre la pared en que se construyan y la heredad del vecino: ni vistas oblícuas sobre la misma propiedad, sino hay dos piés de distancia (532).

Servidumbre de no levantar mas que hasta cierta altura: *(altius non tollendi)*.—Tiene esta servidumbre por opuesta la de *altius tollendi*, y las dos fueron conocidas en el Derecho Romano. Daremos preferencia á la segunda por ser la mas dudosa. No se sabe, en efecto, cómo entender esta enunciativa, que aplicada al predio sirviente, es impracticable, y que en relacion al predio dominante, carece de objeto. Buscando solucion á esta dificultad, se han dado varias esplicaciones: algunos suponen que aquel á cuyo favor ha sido establecida, tiene derecho de obligar al vecino á levantar su edificio, ó para preservarse del viento, ó con cualquier objeto útil: otros le hacen consistir en el derecho de levantar construcciones superiores á la casa del vecino. Ninguna de estas esplicaciones satisface: la primera, por ser contraria á la naturaleza de las servidumbres; la segunda, aunque mas ingeniosa, porque constituiria distinta especie de servicio, distinta servidumbre. Por eso dicen otros, la regla es, que cada uno pueda levantar un edificio cuanto quiera; mas como la ley ó los estatutos locales, en beneficio de los vecinos, han solido poner un límite á los edificios, el que desee traspasar este límite, debe adquirir de ellos la servidumbre *altius tollendi.* En Roma, donde tuvo su origen, los Emperadores habian publicado constituciones sobre la altura de los edificios, y se sabe que asi como las servidumbres que tenian por objeto la seguridad pública, no podian alterarse por convenios particulares, podian serlo á gusto de ellos, las establecidas en utilidad de los vecinos.

Sin embargo, Parladorio no encuentra estas dificultades: dice que esta locucion es comparativa respecto del vecino: significa que el vecino á quien se debe la servidumbre, puede levantar mas alto que el que la debe: si pues, añade, el vecino no puede levantar tan alto sus casas como yo, por la servidumbre que debe, se deduce como consecuencia, que el vecino que debe la servidumbre no puede levantar mas alto. *Manifeste deducitur ex hac servitute altius tollendi effici, ut vicinus, qui servitutem debet, non possit altius tollere, Rer. quot.* Cap. XV, núm. 3.

La servidumbre de no levantar ningun edificio, ó de levan-

tarlo solo hasta cierta altura, tiene por principal objeto proporcionar vistas al predio sirviente, ó un aspecto mas agradable ó las ventajas de tener luz en cierta distancia, cuyos efectos han de servirnos para deducir sus naturales condiciones, si por acaso apareciesen diminutas ó mal esplicadas en los títulos.

Servidumbre de echar las aguas al predio del vecino *(stilicidii, fluminis, etc.)*.—Nuestra ley refiere á las servidumbres urbanas la que se impone á un predio para recibir el agua de los tejados de otro, ya sean conducidas por canal, caño ó de otra manera. Por eso se reunen para tratarlas juntas, la de *fluminis* y *stilicidii*, pues solo se diferencian en que la primera tiene lugar cuándo el agua va recogida en canales, y la segunda cuando cae en goteras de los tejados. Esta servidumbre puede aplicarse, no solo á las aguas pluviales, sino á toda clase de aguas. Mas cuando la servidumbre de desagüe de un edificio se establece sin otra determinacion, solo debe entenderse de las aguas pluviales.

Las ordenanzas municipales contienen la prohibicion de echar al predio vecino los conductos de las aguas que recibe el colindante, hayan ó no servido para usos domésticos, y lo hacen sin duda porque donde es posible desviar el curso de las aguas, la ley no puede autorizar como obligatoria una servidumbre que por su naturaleza es convencional. El Proyecto de Código dice: que el propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo, ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. La ley de Partida profesa iguales principios, pues exije como necesaria la convencion para que una casa tenga la servidumbre de recibir el agua de los tejados de otra.

La servidumbre *stilicidii seu fluminis avertendi*, de uso poco frecuente entre los romanos, ha dado lugar á varias interpretaciones. Algunos han creido que consistia en un derecho mediante el cual, si uno queria aprovecharse de las aguas llovedizas, podia obligar á su vecino á no detener ni desviar

las de su tejado. Pero semejante esplicacion no es satisfactoria. Los autores entienden comunmente por esta servidumbre la facultad de prohibir al dueño del predio vecino el que el agua llovedĭza caiga en manera alguna sobre nuestra área en los casos en que lo permitieran las Ordenanzas Municipales.

En este grupo vienen comprendidas las servidumbres *cloacæ et fumi etc. avertendi,* de que hablan las leyes del lib. VIII del Digesto y los reglamentos de policía urbana. La servidumbre de desagüe recibe el nombre de cloaca cuando tiene por objeto dar salida, no solo á las aguas pluviales, sino á las que han sido destinadas para otros usos. En opinion de Pardessus, las aguas inmundas ó fétidas no son materia de esta servidumbre, sino que exijen consentimiento espreso *(tomo I. núm. 237).*

Jurisprudencia.—Está declarado que la ley 28, tít. V, Partida V, que habla de la entrega que debe hacer el vendedor al comprador de la casa enajenada, con todas las que pertenecen ó son ayuntadas á la misma para su servicio, no es aplicable á la servidumbre de luces y vertiente de aguas, porque consistiendo estas en un gravámen que afecta á la propiedad, deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes *(Sentencia de 14 de Mayo de 1861).*

Servidumbre de medianeria.—Tiene lugar cuando el dueño de una pared levantada para usos de su edificio, dá facultad al dueño de la finca contigua para aprovecharse de ella con el mismo objeto. Como sirve para denotar una cosa comun á dos personas, el nombre guarda relacion con esa especie de comunidad intermedia que constituye la mitad entre dos propiedades que ella separa.

Las antiguas leyes romanas no suministran ejemplo de esta servidumbre, pues conforme á lo prescrito por las de las Doce Tablas habia de mediar entre casa y casa el espacio de dos piés y medio. Con el aumento de poblacion semejante costumbre hubo de caer en desuso, pues la ley 4.ª tít. III, libro XXXIII del Dig., hace mencion de la pared comun ó mediera: *si is, qui duas ædes habebat.... et medius paries, qui utrasque ædes*

distinguat, intervenit... no siendo esta la única disposicion que pudiera registrarse en el mismo libro.

Sea como quiera: ni en las leyes de Partida ni en ningun Código posterior existe idea de esta servidumbre. Y tanto es así que á falta de precedentes pátrios que consultar, los redactores del Proyecto de Código, segun afirma uno de ellos, se dirigieron á la Academia de Nobles Artes procediendo de acuerdo con esta corporacion en cuanto á este gravámen que es materia de los artículos 511 y siguientes.

Poco será lo que podamos decir acerca de este derecho, del cual lo único que se sabe es que no habiendo una ley general, y no pudiendo ser aplicables las disposiciones del Proyecto, ha de seguir rigiéndose por las ordenanzas y usos locales, y en cuanto ellas no lo impidan, por los convenios de los particulares. Así es que en órden á su constitucion se vé que la existencia de una servidumbre ha de constar por un documento público ó privado: solo en defecto del título, cuando no le hay, ó se ha perdido, se puede probar por presunciones. Entonces se procede bajo el supuesto generalmente reconocido de que, mientras un signo esterior no demuestre lo contrario, debe existir dicha servidumbre: 1.° en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto comun de elevacion. 2.° en las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo. 3.° en las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos, etc. etc. La base de la presuncion es en todos estos casos la utilidad recíproca.

La medianería constituye una especie de comunidad, y decimos solo una especie; pues una cosa es comun cuando pertenece en totalidad á cada uno de los condueños sin que se pueda determinar la parte de uno ú otro, por ejemplo, una heredad ó casa comprada en comun: la pared medianera solo es comun, en cuanto sus partes ó mitades son inseparables pero se puede señalar la parte ó mitad correspondiente á cada uno, que es la que se encuentra sobre su propiedad (GOYENA). Ni puede ser de otra suerte: siempre se presume que la propiedad

medianera ha sido construida á espensas de los dos propietarios y por mitad sobre el suelo de cada uno de ellos, y cuando esto no, construida por un propietario en la frontera de una heredad, pero habiendo adquirido el vecino su parte por título oneroso ó gratuito. Recomendamos mucho este supuesto, pues en tanto que una ley no dé reglas precisas, puede servir para resolver las dudas que ocurran en cuanto á los derechos y obligaciones, ya que nosotros no las podemos determinar como lo habriamos hecho si nos fuese permitido citar las doctrinas del Código francés y del Proyecto del nuestro, y el resúmen de las ordenanzas municipales.

Artículo 2.º

Servidumbres rústicas.

Ley 3.ª—[1] *Rústica servidumbre es aquella que há un heredamiento en otro, é esto seria, asi como cuando un ome há senda ó carrera ó via en la heredad agena para entrar ó salir en la suya.* [2] *E decimos que cuando uno otorgare á otro que haya senda por su heredad, aquel á quien es otorgada, puede ir á pié ó cavalgando solo ó con otros..., de manera que vayan uno ante otro é non en par. E non pueden por y entrar carretas nin bestias cargadas á mano.* [3] *E si dixese que le otorgaba carrera puede por y traer carretas, é todas las otras cosas.* [4] *E si otorgase via puede ir por ella á pié ó cabalgando solo, ó acompañado; é levar por y carretas, ó madera, ó piedras arrastrando, é todas las otras cosas que le fueren menester... é debe ser tan ancha la via como fué puesto entre ellos al tiempo que fué otorgada... é si entonces no fué puesto decimos que debe haber ocho piés. E si la via non fuese derecha por alguna tortura... en aquel lugar qne fuere tuerta, debe haber en ancho diez é seys piés porque puedan volver por y las carretas.*

Diremos como M. Ortolan comentando un pasaje análogo de la ley romana: conviene determinar bien la diferencia entre estas tres servidumbres: el objeto principal de la senda

(iter) es pasar *eundi gratia*, y puede ser á pié, en litera, ó á caballo: el de la carrera *(actus)* es conducir *(agendi gratia)* de modo que se entiende circunscrito dentro de los límites necesarios para la conduccion. Pero sirve este derecho lo mismo para conducir caballerias que carros. El objeto de la via es pasar, conducir y servirse del camino en toda su estension y usos: la latitud del camino puede fijarse por convenio aceptando en su defecto las dimensiones establecidas.

No fija la ley la anchura de la senda y de la carrera: por lo comun es la primera de dos piés, la segunda de cuatro. Si con el nombre de *via ó actus* se estab]eciese un camino tan estrecho que no pudiera servir para las bestias ni para los carruajes, seria senda y no carrera.

Servidumbre de acueducto.—Ley 4.ª—*Las heredades se sirven en otra manera asi como por acequias, é por los otros ciertos lugares por do pasan aguas para molinos, ó para regar huertas, ó las otras heredades.* [1] *E decimos que aquellos que ovieren tal servidumbre en la heredad agena, que deben guardar é mantener el cauce, ó la acequia, ó la canal, ó el caño, ó el lugar por do corriese el agua, de manera que non se pueda ensanchar, nin alzar, nin á bajar, nin facer daño á aquel por cuya heredad pasare.* [2] *E si fuere cauce por do vaya agua á algun molino ó acequia... débenla mantener é guardar con estacadas, non metiendo cantos que embarguen la heredad agena.* [3] *E si menor agua fuere, débenla traer por arcaduces de tierra ó por caños de plomo so tierra; de manera que ellos se puedan aprovechar del agua, é los otros por cuyas heredades entrare non finquen perdidosos, nin agraviados por labor que fagan nuevamente en aquellos lugares por do corriere el agua, ó por mengua dellos.*

Justiniano define el acueducto *jus aquæ ducendæ per fundum alienum*. La ley de Partida supone establecida esta servidumbre, pero no dice que sea obligatoria como vemos que lo declara el art. 496 del Proyecto de Código sin mas limitacion que la de indemnizar al dueño del predio sirviente y á los de los inferiores sobre los que filtren ó caigan las aguas y la de

quedar esceptuados de este gravámen los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias.

Con arreglo á nuestra ley, aquel en cuyo favor se halla establecida la servidumbre de acueducto está obligado á guardar y mantener á su costa el cauce, acequia ó canal por donde corre, absteniéndose de toda labor que cediese en perjuicio del predio sirviente. Si el agua corriese en pequeña cantidad, ha de ser conducida por arcaduces ó tubos debajo de tierra para evitar agravios y perjuicios á los dueños de las heredades.

De otro modo puede tomarse además esta servidumbre: en cuanto lleva consigo el derecho de sacar agua de la fuente de un fundo ajeno para el riego de su heredad, en cuyo caso hay que atender á lo que previene la siguiente:

Ley 5.ª—*Ganada aviendo ome la servidumbre de traer agua para regar su heredamiemto, de fuente que nasciese en heredad agena, si despues el dueño de la fuente quisiere otorgar á otri poder de aprovecharse de aquella agua, non lo puede facer sin consentimiento del primero. Fueras ende si el agua fuese tanta que abondase al heredamiento de ambos.*

No puede confundirse un caso con otro, pues en el que propone la ley, el que tiene á su favor el uso de la servidumbre, independientemente de la facultad que le compete para conducir el agua hasta que llegue á su campo, suponiendo que el predio de donde toma el agua, no esté contiguo, tiene además el de impedir al dueño de la fuente que conceda á otro el mismo derecho, como él no lo consienta ó á no ser que el manantial fuese tan abundante que diese agua suficiente para las dos heredades.

Sobre la servidumbre de acueducto existe una disposicion especial. Segun la ley de 24 de Junio de 1849, el propietario que teniendo aguas disponibles quiera aplicarlas al riego de las heredades de su pertenencia no contiguas á ellas; el que intente dar paso á las sobrantes y el que poseyendo un terreno inundado tenga necesidad de dar salida á las aguas para desecarlo, pueden pretender la servidumbre de acueducto al tra-

vés de los predios ajenos intermedios. En caso de que los dueños de éstos no accediesen á su solicitud, pueden acudir al Gobierno, el cual prévio espediente instruido por el Gobernador de la Provincia, concederá ó negará el permiso, oyendo antes al interesado y al respectivo ayuntamiento. La indemnizacion de daños y perjuicios causados á los dueños de las tierras y el abono del 3 por 100 sobre su valor son requisitos indispensables para la constitucion de esta servidumbre forzosa. Y nunca se dará permiso para constituirla en los edificios, jardines, huertos y terrenos cercados unidos á las habitaciones, destinados á estos usos al tiempo de hacerse la solicitud.

Jurisprudencia.—Por sentencia de 15 de Marzo de 1860 se resuelve: Que el privilegio de utilizar las aguas de una acequia mediante el pago de un cánon, reservándose el que lo otorga la conservacion y ejecucion de las obras necesarias, no trasmite al concesionario la propiedad de la misma acequia: que el principio de derecho, segun el cual, quien percibe la utilidad de una cosa debe sufrir los daños y gravámenes inherentes á ella, no escluye los convenios particulares, ni las condiciones contrarias que se establezcan por voluntad de las partes.

Servidumbre de abrevadero, pasto etc.—Ley 6.ª— [1] *Fuente ó pozo, seyendo en heredamiento de alguno, ó estanque de agua que estoviese cerca de heredad de otros; si el dueño del agua les otorgare que puedan y beber ellos é sus labradores é sus bestias é sus ganados, débeles dar entrada é salida en el heredamiento do es el agua.* [2] *Otrosi decimos, que otorgando un ome á otro para siempre que metiese sus bueyes ó sus bestias con que labrase su heredad en algun prado ó defesa; gana el otro servidumbre en aquel prado, ó en aquella defesa, é puede usar della él, é los otros que ovieren aquella heredad, porque le otorgó aquella postura; é maguer él vendiese, ó enagenasse aquel prado, ó aquella defesa, el otro á quien passasse, non les puede defender, que non usen de aquella servidumbre.*

Dos son las servidumbres comprendidas en esta ley: la que llamaron los romanos *pecoris ad aquam appulsus*, y la *de pascendi:* la primera consiste en la facultad de aprovecharse del

agua del pozo ó fuente que está en heredad ajena para abrevar los ganados ó para uso de los jornaleros ó trabajadores; la segunda autoriza para llevar ganados á apacentar. Bien se comprende que en uno y otro caso ha de ser libre la entrada: *ea enim videntur concessa, sine quibus commodè servitute uti non potest* (Glosa 4.ª), y que enajenada la finca, el nuevo adquirente no pueda impedir su uso.

Cuando por oscuridad del título ocurrieran dudas acerca del número ó clase de ganado que puede llevarse al abrevadero, habrá que resolverlas prudencialmente, aunque no hay motivo para limitar aquel derecho, si se empleó genéricamente la palabra ganado. Lo único que parece preciso, supuestos los términos de la ley, es que los animales estén destinados al cultivo del predio dominante: *boum per quos colitur fundus.* Pero pudiera ser que el predio sirviese para la cria de ganados, y claro es que por eso no varía la servidumbre: subsiste para todos el derecho de abrevadero.

Muchas cuestiones podíamos tratar en esta materia; pero estrechados por el espacio, nos contentamos con remitir á nuestros lectores á Cæpolla en su *Tratado de Servidumbres,* parte 2.ª, cap. IX.

La servidumbre de pasto y abrevadero tiene tambien un carácter público, bajo cuyo aspecto, que aquí no debemos examinar, se ocupa de ella la Administracion, dictando reglas á fin de que los ganados, que para tantos usos sirven en la vida, tengan aguas saludables y abundantes y sitios á propósito para beber: con este objeto hay en los pueblos pilones, balsas, rios, arroyos, ensanches, y se encuentran tránsitos, coladas y pasos de antemano establecidos.

Jurisprudencia.—Está declarado que la circunstancia de pagar precio al dueño de un terreno por los pastos que en este se disfrutan, escluye por sí sola la idea de servidumbre: que el real decreto de 8 de Junio de 1813, que estableció el acotamiento general de heredades, sin perjuicio de las servidumbres, y la ley 6.ª, tít. XXXI, Part. III, que cuenta entre las mismas la de pastos, cañadas y abrevaderos, presuponen la

existencia de dichas servidumbres (*Sentencia de 25 de Enero de 1861*).

Servidumbre de tomar tierra (*arenæ fodiendæ*) etc.—Ley 7.ª—*Olivar aviendo algund ome para que oviese menester de facer tinajas para condesar el aceite que sacase; ó aviendo otro heredamiento en que oviese menester de facer casas en que guardase los frutos dél; si alguno ha otrosi heredad acerca, en que fuesen algunas cosas que oviese menester para facer aquellas labores, asi como buena tierra para facer tinajas ó tejas, ó piedra para labrar ó para facer cal, ó arena, ó otra cosa semejante: si aquel cuya es la heredad le otorgare que pueda sacar ende para siempre estas cosas, puédalo facer; é el otro puédese aprovechar dellas en cuanto le fuere menester para condesar el fruto de su heredamiento, porque ganó esta servidumbre, é non mas.*

La presente ley copia la 5.ª, § 1.°, y la 6.ª del Digesto de *serv. rust. præd.*, que establece todas estas servidumbres, conocidas en la escuela por los nombres de *calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ, lapidis eximendi.*

Cuando un hombre tuviere un olivar y necesitare hacer tinajas para conservar el aceite, ó una heredad cualquiera donde necesitase construir casas para guardar los frutos, si hubiera en otra heredad alguna de las cosas que le convenian para dichas labores y el dueño le otorgare que puede hacer uso de ellas perpétuamente, adquiere ese derecho en cuanto baste á sus necesidades.

Preciso es reparar en esta circunstancia; pues segun dice el comentador, *servitutes inventæ sunt ob commodum prædiorum, non ob aliud* (glosa 2.ª). Por manera que cambia la condicion de esta servidumbre, y de predial pasa á ser usufructo, si se concede en mayor cantidad de la que fuere menester para acondicionar ó conservar los frutos... *Non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit...* (ley 5.ª). *Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, usufructus erit* (ley 6.ª).

§ VI.

Cosas capaces de servidumbre.

Ley 8.ª—[1] *En las cosas que son suyas é como suyas pueden ser puestas servidumbres. Pero esto se entiende de aquella servidumbre que ome pone en su cosa, que sea provechosa al heredamiento ó casa de otri, é non á la suya. Ca los omes hánse de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre, mas usando dellas como de lo suyo.* [2] *Otrosi decimos, que non debe ser puesta servidumbre en cosas sagradas, ó santas, ó religiosas; nin en aquellas que son á uso é á procomunal de alguna cibdad ó villa, asi como los mercados, é las plazas, é los ejidos, é las otras cosas semejantes dellos.*

Las cosas inmuebles son susceptibles de ser gravadas de servidumbre, con la única escepcion de que no sean sagradas, religiosas y santas, comunes ó públicas. Esta ley y la 1.ª del mismo título hablan siempre de heredades, palabra que en el Derecho no se aplica mas que á los bienes inmuebles. Las servidumbres no pueden imponerse sobre cosas muebles. Tampoco pueden ser gravadas ellas mismas unas con otras. Es principio general y muy razonable, dice Ortolan, que no se pueda establecer servidumbre sobre servidumbre, *servitus servitutis esse non potest*, porque las servidumbres son fragmentos inmediatamente separados del derecho de dominio. El que posee este fragmento no puede gravarlo sin atacar los derechos del dueño. Los contratos ó legados que sobre ello se hiciesen, podrian producir obligaciones que no quedarian sin ejecucion, pero no serian servidumbres.

La escepcion tiene un principio igualmente conocido, pues sábese que las cosas que comprende están fuera del comercio y no son objeto de propiedad privada.

Tampoco pueden constituirse servidumbres, ni aun por vida del constituyente, en cosas cuya enajenacion haya sido espresamente prohibida: *Juris namque realis constitutio alienatio est* (MOLINA, de *Hist. Prim.*, 136, núm. 10, col. 2.ª).

§ VII.

Modos de constituirse las servidumbres.

Artículo 1.°

Origen de las mismas.

Ley 14.—*Todas las servidumbres que deben las unas cosas á las otras, é los unos edificios á los otros, pueden ser puestas en alguna destas tres maneras.* [1] *La primera es por otorgamiento que facen aquellos cuyas son las cosas, otorgando de su voluntad servidumbre en ellas á otros, por facerles amor ó por precio que reciben dellos.* [2] *La segunda es la que facen los omes en sus testamentos, asi como cuando dice: Quiero que la casa de Fulan haya tal servidumbre en esta mi casa..... ó si otorgase á alguno que oviese carrera en su heredad.....* [3] *La tercera es cuando ganan los omes servidumbres en casas ó en heredamientos.*

El art. 639 del Código Francés, declara: Que las servidumbres provienen de la situacion natural de los lugares, ó de las obligaciones impuestas por la ley, ó de las convenciones entre los propietarios El 482 del Proyecto suprime la primera parte de esta declaracion, pues segun dice Goyena, la situacion sola no bastaria sin la sancion de la ley; dos son, pues, segun el mismo, las causas de las servidumbres: la ley y la voluntad de los interesados; la última puede manifestarse por actos entre vivos ó en testamento: en cuanto á la prescripcion, participa de ambos elementos, y así procede de la ley como de la voluntad presunta.

La ley es fuente inagotable de servidumbres: necesitaríamos escribir un libro si hubiésemos de enumerar todas las que establece en beneficio público. Aunque no renunciamos á dar idea de algunas de este género, que llamaremos legales y públicas, en el presente artículo nos proponemos esplicar las causas de aquellas otras que están impuestas para el uso ó en

beneficio de la propiedad privada. Siendo dos las causas de las servidumbres , la voluntad y la prescripcion , examinaremos los requisitos que han de concurrir en la una y en la otra.

Artículo 2.°

Servidumbres que provienen de la voluntad de los particulares.

Supone esta causa dos requisitos esenciales: capacidad de los interesados, y legitimidad del acto; y aunque por convenir á este caso los principios generales, el legislador no los determina de una manera espresa, da siquiera una idea de ellos.

Ley 11.—*Heredamientos é casas é otros edificios han algunos omes que son de tal natura que como quier que hayan la tenencia dellos é los esquilmen, non son verdaderos señores dellos en todo; asi como..... las que tienen algunos para en su vida, é de sus herederos, dando por ellas algun censo cierto, ó aviendo á facer algun servicio señalado.* [1] *E cualquier que toviese alguna destas heredades, é otorgase servidumbre en ella á otro; ó otro alguno la otorgase á él en su heredad propia..... que tambien la una como la otra vale para siempre, bien asi como si la ficiesen en heredades que han suyas quitamente.* [2] *Otrosi comprando un ome de otro casa ó heredad, si el comprador ó el vendedor se avinieren que aquella cosa que compra sirva en alguna manera á otra casa, ó heredad que sea del que la vende ó de otro cualquier; si tal servidumbre otorga el comprador, maguer la cosa que compra non sea aun pasada á su poder, vale como si la otorgase en otra cosa suya, de que fuese ya señor é tenedor.*

Infiérese de la ley que quien constituye la servidumbre ha de ser dueño del predio, ya tenga el dominio pleno ó el útil, ó ya solo un derecho á la cosa, como si vendida la finca y antes de entregarla, estipulasen comprador y vendedor imponer sobre ella una servidumbre en beneficio de este ó de un tercero.

Las palabras *valen siempre*, no suponen una duracion per-

pétua: *finita tamen emphiteosi, seu libello, finietur talis servitus, et res liberè redibit ad dominum* (glosa 1.ª).

El simple poseedor, aunque lo sea de buena fé, ni el usufructuario, no pueden imponer servidumbre, porque carecen de facultad para disponer de la finca. Cæpolla advierte que el usufructuario puede imponer sobre la heredad afecta al usufructo, y solo por el tiempo que este dure, un gravámen análogo á las servidumbres, de paso ú otro; pero bajo el supuesto que la concesion no traspase los límites de su derecho personal, ni altere la naturaleza de la finca. Puede verse dicho autor, parte 1.ª, cap. XIV.

Para imponer una servidumbre es preciso tener la libre administracion de los bienes, motivo por el que no podrán constituirla las personas sometidas á la autoridad paterna ó marital, los menores, incapacitados, etc., como no sea que se haga informacion de necesidad y utilidad.

La ley 10, hablando de los condueños, dice: [1]*Los señores de los edificios é de las heredades, pueden poner cada uno dellos servidumbre á su edificio ó á su heredad.* [2]*Pero si muchos fueren señores de un edificio ó de una heredad á que quieran poner servidumbre, todos la deben otorgar cuando la ponen.* [3]*E si la otorgasen algunos é non todos, los que la pusiesen no la pueden despues contrastar que la non haya aquel á quien la otorgaron.* [4]*Mas los otros que la non quisieron otorgar, bien le pueden contradecir cada uno dellos, tambien por la su parte, como por la de otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado á la servidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce.* [5]*Pero si despues la quisiesen otorgar é consentir los que la contradicen, valdria, como si la oviesen otorgado todos de so uno.*

De manera que siendo muchos los condueños, han de concurrir todos á la imposicion de la servidumbre, bien sea desde un principio ó por acto posterior: el hecho de cualquiera de ellos no puede perjudicar á los demás. Los que una vez han consentido el gravámen, no tienen facultad para volverse atrás.

No es lo mismo imponerse una servidumbre que adquirir el derecho á disfrutarla. Hemos visto lo que la ley dispone en el primer caso; en el segundo, aunque sean muchos los condueños, no es necesario que todos consientan, pues se presume que cada uno acepta aquello que le tiene utilidad *(Véase á* GOMEZ, *Var. Res., tomo II, cap. X, núm.* 16).

Otro requisito es la legitimidad del título: Pardessus solo considera verdadero título, todo documento escrito, propio para hacer constar el establecimiento de las servidumbres: estamos de acuerdo con la opinion de este escritor: si el título es la causa eficiente del derecho, no debe ser verbal, ni fiarse á la palabra; participando de la naturaleza del objeto sobre que recae, es necesario que se llene esa formalidad, que es de rigor en las trasmisiones y gravámenes de las cosas inmuebles: han de hacerse constar por escritura si proceden de contratos, ora sean actos interesados, como llama á los contratos onerosos, ora sean puras concesiones, si son actos de liberalidad, y si se hubiesen establecido por última voluntad, es necesario que les sirva de base y de prueba el testamento.

Estos dos modos de adquirir la servidumbre se diferencian en que dejada por testamento, se adquiere inmediatamente que muere el que la constituye; si es por contrato, es necesaria la cuasi tradicion en las afirmativas, la cual consiste en el uso de uno y la paciencia del otro. Pero en ambos casos pueden constituirse pura ó condicionalmente (Viso).

Jurisprudencia.—Está declarado que las servidumbres reales solo pueden constituirse por pacto, por el uso ó por testamento, cuya prueba incumbe al que alega tenerlas á su favor *(Sentencia de* 13 *de Enero de* 1860).

Que para exigir el cumplimiento de una servidumbre, es necesario acreditar se halla esta constituida por uno de los medios establecidos en la ley 14, tít. XXXI, Part. III; porque toda finca se supone libre, mientras no se pruebe el gravámen *(Sentencia de* 23 *de Junio de* 1862).

Artículo 3.º

Modo de adquirir las servidumbres por posesion.

Ley 15.—[1]*De tal natura seyendo la servidumbre, que ficiesé servicio á otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; asi como si fuese aguaducho que corriese de fuente que nasciese en campo de alguno ó otra semejante; si el vecino se sirve de esta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra é non lo contradiciendo, ó veinte seyendo fuera della; é esto ficiesen á buena fé, cuidando que avia derecho de lo facer é non por fuerza nin por ruego que oviese fecho al dueño de la fuente, ó del campo por do pasaba, ganaria por este tiempo tal servidumbre. [2]Esto mismo seria si alguno oviese viga metida, ó abriese finestra .....ó le contrallase que non alzase su casa .....en cualquier destas servidumbres ó otras semejantes, de que ome se aprovechase sin obra de cada dia, se podria ganar por tanto tiempo é en aquella manera que de suso dígimos del aguaducho. [3]Mas las otras de que se ayudan los omes para aprovechar é labrar sus heredades é sus edificios, que non usan dellas cada dia, mas á las veces, asi como senda ó carrera, ó via que oviese en heredad de su vecino; ó en agua que viniese una vez en la semana, ó en el mes, ó en el año, é non cada dia; tales servidumbres é las otras semejantes non se podrian ganar por el tiempo sobredicho: ante decimos que quien las quisiere aver por esta razon, ha menester que haya usado dellas, ellos, ó aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes, quanto há que lo comenzaron á usar.*

Las servidumbres se adquieren por el uso ó cuasi posesion, siempre que el uso no sea oculto, ni se haya obtenido por ruegos ó por fuerza; que el dueño del predio sirviente no lo contradiga y que trascurra el tiempo señalado, el cual segun la ley, es de diez años entre presentes ó veinte entre ausentes, si las servidumbres son delas llamadas continuas, rústicas ó urbanas, y tiempo inmemorial si fueren discontinuas.

Pocos puntos ofrece el Derecho Romano mas llenos de oscuridad que el que estamos examinando. Las servidumbres podian en su origen ser adquiridas, mediante la usucapion, mas la ley Scribonia hubo de cambiar este derecho, pues, los textos publicados con posterioridad dan á entender lo contrario: *usu non capiuntur* (ley 14, § 1.°, *Dig. de Serv.).* Los pretores y presidentes intervinieron luego dando en ciertos casos acciones útiles é interdictos para proteger los derechos que de tiempo atrás gozaban las servidumbres; de modo, que por uno ú otro medio vino á reconocerse que el largo uso debia considerarse como un modo de adquirirlas, principalmente si eran urbanas: *servitutes quæ in superficie consistunt, possesione retinentur* (ley 2.ª, tit II, lib. VIII, Dig.).

La doctrina de los jurisconsultos acerca del tiempo exigido para esta usucapion, de la necesidad del título y otras condiciones, no es asunto que directamente nos pertenezca; el hecho es, que nuestras leyes, conformándose al principio general, reconocen la prescripcion como medio de adquirir la servidumbre, bajo las siguientes condiciones: que la posesion sea legítima, que no se dé este nombre ni al uso arrancado por fuerza, ni á los actos de pura facultad y de simple tolerancia. Pardessus, hablando de los últimos, dice que aunque un modo imperfecto de hablar, atribuya á las servidumbres el nombre de facultad, no se han de confundir con los actos que reciben este nombre en los códigos modernos. La primera y principal diferencia consiste en la imperfeccion del derecho que los segundos producen. Precisamente porque no son derechos perfectos y adquiridos, sino un poder de adquirirlos no admiten prescripcion, sino que duran mas ó menos, segun el deseo del que los concede. Otra diferencia es que por lo comun no son objetos de verdaderas convenciones, y la última, que la servidumbre una vez perdida, no puede volverse á adquirir sin consentimiento espreso del propietario, mientras que las facultades se readquieren y siempre tienen igual valor.

Se ve, pues, con cuánta prevision repara la ley en esta circunstancia, cuando espresa que ha de ser tal que no se

haya obtenido *por ruego que oviese fecho al dueño de la fuente.*

En cuanto á los otros requisitos, no tenemos que esplicarlos, sabiendo que tienen su filosofía y sacan su fuerza de los principios que rigen en materia de prescripcion: no ha de ser interrumpida, sino pacífica, pública, no equívoca, y ha de adquirirse á título de propietario. Con ella no se adquiere mas que lo que se ha poseido, y del mismo modo que se poseyera. Puede la prescripcion estender los efectos de una servidumbre convencional; pero el tiempo no consigue cambiar lo que es de esencia del título, y lo único que puede hacer es modificarlo; así, por ejemplo, si se ha concedido el uso de una ventana con barras, puede modificarse con la supresion de estas.

El tiempo para computar los términos señalados empieza á contarse en las servidumbres afirmativas desde que empezaron á usarse, y en las negativas desde que el dueño del predio dominante impidió al del predio sirviente hacer uso de su libertad.

Los antiguos prácticos hablan de un nuevo medio de adquirir las servidumbres, que es por el juez, en los juicios divisorios; nosotros le omitimos, porque los tribunales no imponen servidumbres, sino que se limitan á declarar las existentes, y en especial las que exige la situacion de las fincas. En apoyo de esta doctrina podiamos citar la sentencia de 13 de Enero de 1860, en la cual el Tribunal Supremo declara que las servidumbres reales solo pueden constituirse por pacto, por el uso y por la prescripcion.

La inscripcion en el registro de la propiedad no constituye tampoco un modo especial; es solo una formalidad que ha de cumplirse á tenor de la ley hipotecaria, cuyo artículo 2.°, en su § 2.°, previene que se inscriban los títulos en que se constituyan, reconozcan ó modifiquen derechos de usufructo, uso ó habitacion, servidumbres y otros cualesquiera reales, y el 13 añade que la inscripcion de servidumbre se hará constar en la inscripcion de propiedad de ambos predios; el dominante y el sirviente.

Jurisprudencia.—Está declarado que para adquirir por

prescripcion una servidumbre discontinua debe probarse el uso ó posesion inmemorial de la misma *(Sentencia de 13 de Enero de 1860)*.

Que declarada por la sala sentenciadora á favor de un litigante la subsistencia de un derecho ó servidumbre discontinua por la apreciacion que haya practicado en uso de sus facultades sobre los hechos y las pruebas testificales relativos á la posesion, no puede considerarse infringida la ley 15, tít. XXXI, Part. III, que requiere la posesion inmemorial para prescribir las servidumbres de esta clase *(Sentencia de 28 de Junio de 1860)*.

Que las leyes 14 y 15 del mismo titulo y Partida, que tratan de los diferentes modos de constituirse las servidumbres ydel tiempo porque se ganan las continuas y discontinuas, no tienen aplicacion al caso en que la posesion no reune todas las condiciones legales que supone la 2.ª *(Sentencia de 23 de Enero de 1861)*.

Que no tiene lugar la prescripcion en la servidumbre de luces, aunque medie un hecho obstativo por parte del que trate de adquirir derecho á las luces contra el que intente obstruirlas *(Sentencia de 14 de Mayo de 1861)*.

§ VIII.

Modos de estinguirse las servidumbres.

Del no uso.—Ley 16.—[1] *Pereza habiendo los omes en no querer ellos usar, nin otri en nome dellos, de las servidumbres que oviesen ganadas, puédenlas perder por ende. Pero departimiento ha en esto entre aquellas que pertenescen á los edificios é las otras que pertenescen á las heredades.* [2] *Ca si alguno oviere servidumbre en casa de otro, que pueda tener viga metida en su pared, ó aver finiestra, tal servidumbre ó otra semejante se puede perder por diez años, non usando della aquel á quien pertenesce estando en tierra, ó veinte seyendo de fuera. Esto se entiende si aquel que debia la servidumbre tirase la viga de su*

pared, ó cerrase la finiestra, ó embargase la servidumbre en otra manera, á buena fé, creyendo que habia derecho de lo facer. Ca si él non embargase asi la servidumbre, maguer el otro non usase della, non la perderia por ende. [3] *Mas las servidumbres que han los omes en los heredamientos ó en los otros lugares, si son de tal manera que ficiesen servicio sin obra de aquel que las recibe, estas atales non se pueden perder sinon desque estuvieren tanto tiempo que non usen dellas que los omes non se puedan ende acordar. E si fuesen de tal natura que usasen dellas á las veces é non cada dia, piérdense non usando dellas por tiempo de veinte años, quier sea en la tierra, quier non, aquel á quien pertenescen.*

El no uso es una prescripcion contraria, cuyo efecto es librar á la finca sirviente de la carga que antes tenia. La pérdida de aquel derecho se funda en la presuncion de renuncia, y es pena de la negligencia y del abandono. La ley repite una declaracion hecha por el emperador Justiniano: *Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum jus minime consecutus est, sera pœnitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat* (Ley 14, princ. C. de *serv. et aquæd.*).

Mas para que asi suceda, han de concurrir en el no uso algunas circunstancias que varían segun la clase de las servidumbres. El tiempo en las urbanas es de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: en las rústicas si son continuas el tiempo es solo de veinte años, lo mismo entre presentes que entre ausentes: si son discontinuas, se requiere tiempo inmemorial. Pero añade la ley que dicho término principia á contarse en las servidumbres urbanas desde que el dueño de la finca gravada impide con buena fé el uso de la servidumbre, como v. gr. cerrando ó haciendo cerrar el agujero sobre el que descansaba la viga ó la ventana abierta en la pared contigua; puesto que si no lo impidiera *(si él non embargase asi la servidumbre)* aunque el dueño del predio dominante no hiciese el uso concedido, no por ello la perderia. En las rústicas discontinuas se contará desde que el dueño del predio dominante dejó de hacer uso de la servidumbre; no pudiendo

señalarse el acto desde que se deba empezar á contar en las continuas porque su desuso ha de ser de tiempo inmemorial.

Hay una diferencia marcada entre el modo de adquirir y el de perder las servidumbres por prescripcion. El comentador se limita á advertirlo pero sin espresar la causa. En verdad que tampoco es fácil dar con ella como nó se diga que hallándose establecidas las servidumbres en beneficio de las tierras, las continuas ó de uso diario parecen indispensables. Y como á esto se agrega que prestan servicio sin obra del que las recibe, solo se estinguen mediante el no uso por tiempo inmemorial.

Cuanto queda espuesto es relativo á las servidumbres establecidas en favor de la finca que tiene solo un dueño, pero hay otro caso decidido por la siguiente ley 18. Segun ella, si la finca á que se debe la servidumbre se poseyera en comun por varios dueños, el uso de uno aprovecha á los demás é impide la prescripcion: *esto es porque ante que sea partida la cosa, es la servidumbre una: é usando el un compañero della en salvo fincaba al otro su derecho.* Mas si se hubiese partido la casa ó heredad entre los condueños con señalamiento de partes, el que no use de la servidumbre por el tiempo señalado en su parte respectiva la perderá, conservándola aquel que la use. *Despues que la cosa parten, el que non usa de la suya, piérdela:* el uso de otro no le aprovecha, pues como dice la ley: *non era su personero nin usaba de aquella servidumbre por él.*

Jurisprudencia.—Está declarado que faltando los requisitos esenciales de justo título y buena fé, no hay términos hábiles para suponer la prescripcion ordinaria de diez años que establece la ley 16, tit. XXXI, Part. VII *(Sentencia de 17 de Junio de 1862).*

De la remision.—Ley 17.—[1] *Perderse podrian aun las servidumbres en dos maneras. La una es quitándola el señor de aquella cosa á quien debian, si fuere toda suya; mas si á casa ó heredad de muchos debiesen la servidumbre, non la puede el uno quitar sin otorgamiento de los otros...*

El quitamiento que se llama rescate, si se verifica á dinero, nace de la facultad que tiene todo dueño para disponer de sus cosas. Por eso los señores directo y útil no pueden renunciar, uno en daño de otro las servidumbres correspondientes á su respectivo dominio; ni el marido ni el tutor privar á la mujer ó al menor de este derecho constituido en beneficio de sus bienes inmuebles. Si la finca estuviere pro-indiviso, este medio es ineficaz como no sea de acuerdo y con el beneplácito de todos los interesados.

De la consolidacion.—..... [1] *La otra manera es como cuando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre, compra la otra en que la avia ganada. Ca por razon de la compra que se ayunta la una cosa con la otra en su señorio, piérdese la servidumbre. E maguer la enagene despues, ó la tenga para asi de alli adelante, nunca debe ser demandada, nin es obligada la cosa que asi es comprada á aquella servidumbre. Fueras si despues deso fuese puesta nuevamente.*

Falta la materia de la servidumbre cuando se reune en una persona la propiedad de los dos predios. Pero para que así suceda se requiere tal union que haga imposible el servicio en que consistia. *Totiens servitus confunditur, quotiens uti ea is, ad quem pertineat, non potest* (Ley 15, tít. VI, lib. VIII, Dig.). El efecto de la consolidacion es tal que segun palabras testuales, aunque se enajene despues cualquiera de las dos fincas, no revivirá la servidumbre á no constituirse de nuevo: *si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est* (Ley 30, tít II, lib. VIII, Dig.). Cuando la confusion ó reunion haya sido perpétua, la servidumbre una vez estinguida no revivirá sino se pacta lo contrario. Si fuese temporal, resolúble ó condicional, cuando los predios llegáran á separarse por esta causa, renacerá y vivirá la servidumbre.

De la destruccion de la cosa.—Las leyes romanas admitieron este modo de acabarse las servidumbres, pero espresando que renacian con la cosa. *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquæductus amissus erit, quæritur?* (Ley 34, tít III, lib. VIII, Dig.): *sucurrendum hi*

putavi : quod jus habuerunt, id eis restitui placet (Ley 35). Nuestra práctica reconocia la eficacia de este medio que es mas elocuente que la ley, porque constituye una imposibilidad física. El Proyecto de Código confirma aquella ley, y esta práctica, aunque se nos figura que las limita convenientemente por el § 5.°, artículo 545, que dice: cuando los predios viniesen á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero esta revivirá si en lo sucesivo el estado de los predios permitiera usar de ellas, á no ser que despues de la posibilidad del uso, haya trascurrido el tiempo suficiente para la prescripcion.

§ IX.

Servidumbres legales.

Artículo 1.°

Naturaleza de las servidumbres públicas.

Estas servidumbres convienen con las particulares, en cuanto limitan el dominio de los predios sobre que recaen: pero se diferencian esencialmente de ellas en cuanto son ó pueden ser activas. Siendo una modificacion positiva de la propiedad, nacen aun sin consentimiento de los dueños: la ley las impone con un fin de utilidad pública, y aunque consisten una vez en abstenerse, otras en permitir, tienen de particular que en ocasiones llevan consigo la obligacion de hacer, como sucede cuando se mandan plantar árboles en un terreno pendiente sobre un camino, ó para precaver los daños de una corriente impetuosa.

Pueden ser perpétuas y temporales: las primeras, equivalentes á una expropiacion, no se imponen sino por los trámites que para la misma se hallan establecidos: las segundas, puede constituirlas sin tantas formalidades, la administracion con audiencia de los interesados y dictámen del Consejo provincial. Las necesidades del servicio público no se desatienden ni aun por oposicion de los interesados á quienes la ley re-

serva su derecho para que le ejerciten ante los tribunales contencioso-administrativos.

En cuanto á la division, siguen el órden de las privadas: pueden ser tambien rústicas y urbanas, etc.

Artículo 2.°

Idea sucinta de algunas servidumbres públicas.

Servidumbres para la mayor seguridad del Estado.—Entran en esta categoría las que se constituyen con ocasion ó por causa de lo que se llama *zona*, que puede ser de dos clases, militar y marítima. Forman la primera con arreglo á las demarcaciones militares de las plazas de guerra y puntos fuertes; los terrenos comprendidos dentro de 1,500 varas desde las obras avanzadas de los mismos. No obstante que la real órden de 3 de Diciembre de 1847 fué modificada por la de 16 de Setiembre de 1856, que dispuso que la zona general se dividiese en tres zonas distintas. La primera, propia de las plazas de guerra, castillos y demás fortalezas, ha de comprender la estension de 500 varas, dentro de las cuales no se permite hacer construcciones ó plantaciones. La segunda, ha de comprender el espacio que media entre la primera zona y la que se marque á mil varas de la fortificacion: en ella solo se permiten edificios de un piso, en cuya construccion no entre mas material que madera ó hierro, con un pequeño zócalo de mampostería de unos dos piés de altura. La tercera se fija en 1,500 varas de la fortificacion, pudiéndose construir en ella edificios de un solo piso, pilares de mampostería, muros de medio pié de espesor y cuanto se permite en la segunda zona.

Zona marítima.—La seguridad de las costas es la regla que determina la estension de esta zona. En los mares litorales, la jurisdiccion se estiende hasta donde avanzan los medios de accion del Estado. Los límites marítimos de España están fijados en seis millas por la real cédula de 17 de Diciembre de

1780, confirmada por real resolucion de 1.° de Mayo de 1775, y por el art. 15 del real decreto de 3 de Mayo de 1830. El real decreto de 20 de Junio de 1852, en el núm. 10 del artículo 18, acepta tambien las seis millas, ó sea dos leguas, que es el término de la zona fijado para la calificacion de los delitos de contrabando.

Servidumbres para la seguridad de los caminos.—Tienen estos su policía especial, en cuya virtud y por diferentes disposiciones está prohibido amontonar tierras, materiales, abonos, etc.; entorpecer el paso permitiendo estender sobre el camino el ramaje formado por las cercas de las heredades; dar suelta y apacentar los ganados en ellos, colocar tinglados ó puestos ambulantes.

Tampoco se permite cortar sin licencia de la autoridad superior los árboles colindantes con las carreteras generales, si estuvieren dentro de la distancia de tres varas y ocupasen un terreno costanero ó pendiente sobre el camino para impedir que las aguas arrastren tierra ó caigan trozos de terreno.

Igualmente está prohibido entorpecer el libre curso de las aguas que provienen de los caminos, abriendo zanjas, construyendo calzadas ó levantando el terreno de las heredades limítrofes, y hacer represas, pozos ó abrevaderos á las bócas de los puentes ó alcantarillas, y á las márgenes de los caminos á menos distancia de treinta varas.

Servidumbres en favor de la navegacion fluvial.—Es necesaria autorizacion real, prévio espediente para cualquiera empresa que pueda hallarse en relacion inmediata; 1.°, con la navegacion de los rios ó su habilitacion para conducir á flote balsas ó almadías; 2.°, con el curso ó régimen de los mismos rios, sean ó no navegables y flotables; 3.°, con el uso, aprovechamiento y distribucion de sus aguas; 4.°, con la construccion de toda clase de obras nuevas en los mismos rios, incluyendo los puentes; artículo 1.° de la real órden de 14 de Marzo de 1846. Son varias las disposiciones relacionadas con este objeto, que no citamos porque tratados hay de derecho administrativo donde se encuentran reunidas; pero

todas tienen por objeto evitar que el aprovechamiento particular impida el uso público del rio.

Servidumbres en interés de los montes.—Está prohibido hacer concesiones ó enajenaciones de usos ó aprovechamientos de montes á perpetuidad ó temporalmente, sin espresa resolucion del Gobierno. Para cualquier rompimiento y variacion especial de cultivo, ó para convertir en monte ó arbolado algun terreno raso ó destinado á pastos, es necesario tambien real permiso concedido en vista de espediente que se instruye en los mismos términos que para las cortas. Los propietarios colindantes no pueden cortar las ramas ó raices de los árboles que estén en los lindes del monte, aunque los estiendan dentro de su propiedad, si el árbol tiene ya mas de treinta años, y aunque el árbol tenga menos edad, no puede hacerse tampoco á menos de diez varas del tronco sin la autorizacion competente. La ordenanza de 22 de Diciembre de 1833, real órden de 31 de Marzo de 1841 y Setiembre de 1860 contienen nuevas prohibiciones. Las enunciadas no pueden servir sino para dar idea de que hay limitaciones de varios géneros puestas para la conservacion de los montes.

Servidumbres en favor de la ganaderia.—Los ganados de toda especie trashumantes, estantes ó riberiegos, disfrutan el paso por las cañadas, cordeles y abrevaderos. Por cañada se entiende la tierra señalada para que los ganados trashumantes pasen de la sierra á estremos: la medida ha de ser de seis sogas de marco acordelado; cada soga 45 palmos, que hacen noventa varas. El ancho de los cordeles es de 45 palmos, y el de las veredas de 25.

Sobre no ser de nuestra incumbencia ocuparnos de la organizacion dada á este ramo de la riqueza pública, nos limitaremos á consignar que en punto á los derechos y cargas de la ganadería, pueden consultarse las antiguas ordenanzas del Consejo de la Mesta, y las reales órdenes de 16 de Febrero de 1835, 31 de Enero, 14 de Mayo y 15 de Julio de 1836, 27 de Mayo de 1837, 23 de Abril de 1839 y real decreto de 27 de Junio de dicho año.

Hemos indicado, aunque en ligeros rasgos, el cuadro de las servidumbres tal como por lo general se encuentra en las obras de derecho administrativo. Podríamos aumentarle comprendiendo en este número los servicios de toda clase que limitan los derechos individuales con una mira de interés público. Pero aunque no ignoramos toda la estension que admiten las servidumbres llamadas legales, aunque vemos la que tienen en los Códigos modernos y aun en el Proyecto del nuestro, que si se quiere han mejorado la clasificacion romana, y por consiguiente la de Partidas, no escribimos con la pretension de reproducir todo el Derecho : obras hay principalmente de derecho administrativo, donde se pueden consultar esas servidumbres, que son de varios géneros; por ejemplo, en relacion con la agricultura están todas las que se han establecido para el aprovechamiento de las aguas, apreciando lo que pueden tener de públicas las mismas, que bajo otro aspecto son objeto del Derecho Civil; están tambien las que establecen la servidumbre forzosa de paso, hoy mas precisas que nunca por la facultad que existe para hacer acotamientos y cerramientos de predios de heredades; tambien son de esta especie las que se establecen en beneficio de los arbolados, y las que consisten en hacer diques y plantaciones como medios de preservar los predios. Otras hay que comprenden diversos ramos de administracion y de policía; tales son las que se han establecido por objeto de salubridad, de utilidad ó de ornato público.

Como ejemplo de servidumbres temporales podemos citar la ocupacion pasajera de terrenos, las escavaciones, estraccion, acarreo y depósito de materiales, etc. Considerando la ley la diferencia que hay entre la privacion absoluta de la propiedad y una ocupacion pasajera, concede indemnizacion prévia cuando tiené que imponer una servidumbre perpétua; mas cuando es temporal, solo se obliga al resarcimiento posterior de daños y perjuicios.

§ X.

Indicaciones acerca de la denuncia de obra nueva, etc.

Sea cual quiera el origen de la servidumbre, produce una limitacion de los derechos de propiedad, ó en beneficio particular ó en beneficio público. Contener el dominio dentro de esos límites es la materia de un interdicto especial creado por la ley para defender y para protejer nuestras propiedades. La palabra interdicto despeja ya nuestro terreno; ni debemos ni podemos ocuparnos de un asunto que corresponde al tratado de Procedimientos: solo decimos, y eso como complemento de este tratado, que lo mismo el Derecho Civil que el Administrativo han previsto los casos en que puede tener lugar aquel remedio. Pocos títulos hay tan completos como el XXXII, Part. III, lo es en este punto. Por su contenido, aun sin contar con el auxilio de los Estatutos y Ordenanzas Municipales, se deduce cuándo puede tener lugar la denuncia de obra nueva ó de obra vieja, y en qué casos no hay lugar á denunciar las obras ajenas aunque perjudiquen. Citemos algun ejemplo.

Denuncia de obra nueva.—Procede:

1.° Cuando alguno edificase privando á otro del derecho que le compete en virtud de alguna servidumbre (*Leyes* 1.ª y 5.ª).

2.° Si construyese torre ú otro edificio prolongando tanto las canales que viertan el agua sobre las paredes ó tejados del vecino.

3.° Si levanta pared, hace estacada, vallado ú otra obra en su heredad que impida el curso del agua, perjudicando el fundo ajeno, ó porque forme estanque, ó porque cambie el curso ordinario, ó porque caiga con tal violencia que produzca hoyos ó caños, ó privando de su aprovechamiento á los que tenian derecho á ella (*Ley* 13).

4.° Si uno hiciere pozo en su casa sin necesidad y solo por causar daño á su vecino, quitando ó disminuyendo las aguas del suyo (*Ley* 19), y tambien cuando para hacerlo

profundizase tanto que hiciese peligrar á nuestra pared *(Ley 24)*.

5.° Si uno construyese casa en las plazas, ejidos ó comunes de las ciudades ó villas, ó arrimándolas á alguna iglesia, etc. *(Leyes 23 y 24)*.

Denuncia de obra vieja.— Las leyes de Partida conceden este remedio:

1.° Si amenazare ruina algun edificio contiguo al nuestro *(Leyes 10 y 11)*.

2.° Cuando se teme que haya de caer un árbol sobre nuestras heredades *(Ley 12)*, ó si colgasen las ramas sobre las mismas ó sobre algun camino público *(Ley 28, tit. XV, Part. VII)*.

3.° Cuando el agua, por arrastrar cieno, piedra ú otra cosa, se detuviera en un campo de modo que, no pudiendo continuar su curso, se va por otro lugar ó se estanca, causando daño á los campos inmediatos *(Ley 15)*.

No procede la denuncia:

Cuando el daño proviene de la naturaleza, como si estando nuestro campo mas bajo que aquel de donde corre el agua cayeran piedras ó tierras por efecto de la misma corriente *(Ley 14)*.

Cuando el daño se funda solo en el peligro de que por dicha obra pueden disminuirse las rentas de los dueños de las fincas inmediatas, como aconteceria si uno edificase horno ó molino cerca de otro nuestro, pero sin impedir el uso libre de las aguas *(Ley 18)*.

Si la obra se hiciese para reparar ó limpiar cloacas, acequias ó depósitos donde se recogen las aguas de las casas del vecino, aun cuando durante ella se colocaran en solar nuestro piedras, ladrillos, etc., siempre que se quitaran despues de concluida.

Por último, no hay recurso alguno que ejercitar contra el propietario que para guardar su campo procura apartar las aguas en las avenidas de un rio ó barranco que tenga cerca, ni contra el que cavando en su heredad da lugar á que se dis-

minuya el agua de la fuente del vecino, ni contra el que teniendo derecho á regar su campo en determinados dias buscase el medio de tener en él agua continua, con tal que en ninguno de estos casos haya intencion de perjudicar al vecino ó gravarle con nueva servidumbre, sobre lo cual existen varias declaraciones en el tít. III, lib. XXXIX del Digesto.

§ XI.

Servidumbres personales.

SECCION I.

DEL USUFRUCTO.

Artículo 1.º

Su definicion.

Ley 20.—*Cumplidamente hemos mostrado de las servidumbres que debe una casa á otra... é agora queremos aqui mostrar de la tercera manera de que fecimos enmiento... que es de la servidumbre que há un ome en casa ó heredad que es de otro, por pro de su persona... E la persona del ome en tres maneras puede haber tal servidumbre en las cosas agenas.* [1] *La primera es cuando un ome otorga á otro para en toda su vida ó á tiempo cierto el usofruto que saliere de algun su heredamiento, ó de alguna su casa, ó de sus siervos ó de sus ganados, ó de otras cosas de que pudiese salir renta ó fruto....*

Las palabras que dejamos trascritas describen pero no definen el usufructo. Sabemos, porque la ley lo dice, que puede un hombre otorgar á otro el usufructo de sus casas, heredamientos etc.; pero ¿cuál es la estension de ese derecho? ¿qué comprende? Este vacío es el que nos proponemos suplir tomando del Derecho Romano y de los autores la definicion que sea mas autorizada. Del usufructo, la mas importante de las

servidumbres personales, se habla con estension en los monumentos que se conservan de aquel derecho.

La definicion dada en la Instituta por Justiniano está concebida en los siguientes términos: *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* (§ inic. tit IV, lib. II). Los jurisconsultos, procurando encontrar el valor legal de cada una de estas palabras, han entrado en largas investigaciones. Podiales servir de guia el concepto etimológico de la cosa definida: usufructo es palabra compuesta de otras dos, uso y fruto: es un supuesto reconocido que las palabras *utendi* y *fruendi* denotan el máximum de los derechos concedidos al usufructuario: ¿en qué consiste lo uno y lo otro? Nos parece que despues de mucho discurrir se ha hallado por fin la contestacion mas satisfactoria. El *jus utendi* no es el derecho de percibir los frutos, limitado por la necesidad: es un derecho *sui generis* que consiste en sacar de la casa toda la utilidad posible sin tomar producto alguno, ni alterar su sustancia. Por él nos compete la facultad de habitar la casa, estar en el fundo rústico, ejercer el uso de las servidumbres, etc. El *jus utendi* se concibe independientemente y como cosa aparte del *jus fruendi*. Muchos textos romanos autorizaban esta distincion; los Códigos que los tomaron por modelo, no podian menos de conservarla. Corresponde además al usufructuario el *jus fruendi* ó sea el derecho de percibir todos los frutos de la cosa. Podria con tal motivo surgir una nueva dificultad, si la ley no nos la diera resuelta.

¿Qué se entiende por frutos? La ley trascrita nos dá idea de ellos, la ley romana, antes de ahora citada, nos da su definicion : *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est.* La frase *rebus alienis* supone el requisito de toda servidumbre, á saber, que la cosa sea ajena. La última y precisa condicion del usufructo es: *salva su sustancia*, cuya cláusula se ha entendido de dos maneras: algunos jurisconsultos opinan que se refiere á la duracion del usufructo y dicen que significa derecho de usar y gozar mientras dure la sustancia: otros la consideran relativa á los derechos del usufructo, y la traducen derecho de usar y gozar sin alte-

rar la sustancia. La última interpretacion es la cierta, en el bien entendido que conservar la sustancia no es obligarse á conservar la finca, no abusar de ella: eso nunca se le concede al usufructuario: el uso no es el abuso: quiere decir que la cosa se conserve del modo que ha sido concedida y no se aproveche para un uso distinto del que tiene.

Una definicion que de esta manera resiste el análisis no se cambia con facilidad. Por sustitucion de términos en un acto que no admite otros equivalentes nos parece defectuosa la del art. 578 del Código francés. La del Proyecto es mejor por ceñirse mas á sus precedentes: el art. 435 define el usufructo derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia.

Artículo 2.°

Modos de constituirse el usufructo.

²...*E tal otorgamiento como este puede se facer por postura ó en testamento.* (Id.).

Solo de este modo se concibe la existencia del usufructo formal en oposicion al causal: no usariamos este tecnicismo desterrado casi del lenguaje de las escuelas sino porque se refiere á una division generalizada entre antiguos escritores. Pero el usufructo causal, la utilidad, el placer que el dueño saca de sus cosas no merece este nombre. El formal que trasfiere el mismo derecho á otra persona, es el verdadero usufructo. El orígen de esta servidumbre es la voluntad manifestada por contrato ó por testamento, pero puede provenir tambien de la ley y de la prescripcion. La ley ordena el usufructo del padre en los bienes adventicios del hijo y el del cónyuge binubo en los bienes sujetos á reserva. Si el usufructo se adquiere ó no por el uso, es cuestion largamente debatida por los jurisconsultos romanos, nosotros sostenemos la afirmativa, porque si el párrafo preinserto no la menciona, se deduce de la ley 24 que esplicaremos luego.

Como obra de la voluntad admite la forma de todas las

obligaciones, puede constituirse desde ó hasta cierto dia, puramente y bajo condicion. La ley que estamos examinando dice: *Para en toda su vida ó á tiempo cierto*; el usufructo suele ser vitalicio y lo será siempre que se establezca puramente si se establece bajo condicion, ó desde ó hasta cierto dia, se regirá por lo dispuesto para iguales casos en los contratos y últimas voluntades. Puede constituirse en favor de una ó muchas personas, simultánea ó sucesivamente. En el primer caso debe estarse á los términos en que se hubiere constituido, en el segundo pueden disfrutarlo las personas que se nombren en defecto de otras siempre que los llamamientos no ocupen un período de mas de noventa y nueve años. El Proyecto de Código exige que existan al tiempo de morir el constituyente; lo uno por ser contra la naturaleza del usufructo y contra las reglas de buena economía estar separado perpétuamente ó por largo tiempo de la propiedad, y la otra en justa prevision á fin de que no se eluda por un medio indirecto la prohibicion de las sustituciones ó fideicomisos.

Artículo 3.º

Obligaciones del usufructuario.

[3]*Pero aquel á quien fuere otorgado poder de esquilmar alguna destas cosas sobredichas, débela esquilmar á buena fé, dando primeramente recabdo que la cosa en que há él usofruto non se pierda nin se empeore por su culpa, nin por cobdicia quel mueva á esquilmarla mas de lo que conviene. E que cuando él finare ó se cumpliese en otra manera el tiempo á que la debia esquilmar, que la cosa sea tornada á aquel que otorgó el usofruto della, ó á quien él mandare, ó á sus herederos si él fuere finado, id.*

Dos son las obligaciones impuestas por esta ley al usufructuario: cuidar las cosas de manera que no se pierdan ni empeoren por su culpa ó por su codicia, y concluido el usufructo, entregarlas al dueño ó á sus herederos. Ambos deberes, aun-

que al parecer distintos, reconocen una causa comun. Mediante esa formalidad tan previsora, como todas las que nacieran del derecho pretoriano, se cierra la puerta al abuso, se evita que un interés bastardo aumente los productos con detrimento de una cosa ajena. Todos los derechos han exigido que el usufructuario preste lo que se ha llamado la caucion fructuaria, comprometiéndose á disfrutar la cosa como buen padre de familia: *quasi bonus paterfamilias*, y á restituirla al fin del usufructo: *usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restiturum quod inde exstabit.* Los códigos modernos han tratado de completar esta materia; pero lo mejor de todos está tomado del lib. VII, tít. I y siguientes: uno de los cuales el IX se ocupa solamente de la satisdacion.

De tal modo es necesario este requisito, que ni aun el testador puede dispensar de él: *nec á testatore remitti possit* (VIXI.), por temor de que el usufructuario caiga en la tentacion de delinquir esquilmando la cosa usufructuada. Castillo añade una nueva razon, y es que la remision pugna con la naturaleza y fin del usufructo. G. Lopez cita un caso de escepcion, y es cuando uno hubiere hecho donacion de un predio reservándose el usufructo: *non habet locum ista cautio in eo qui donavit, reservato sibi usufructo* (glosa 5.ª)

Cuando por pobreza ú otra causa no pudiera prestar dicha fianza, algunos han supuesto que podria admitirse como equivalente la juratoria. Tal es la opinion de Gomez. *Var. Res.* tomo II, cap. XV, núm. 5, *sufficiet juratoria cautio nisi sit persona suspecta.* Otros lo niegan. En esta diversidad de opiniones, nos parece lo mas seguro someter el negocio á juicio de hombres buenos ó á la decision del juez.

Jurisprudencia.—Está declarado que la falta de prestacion de caucion por el usufructuario, no produce la caducidad del usufructo, sino solamente el efecto de que el propietario pueda resistir la entrega de los frutos ó pedir que se depositen hasta que aquella se preste *(Sentencia de 7 de Noviembre de* 1859).

La ley de Partida no habla de inventario, porque tampoco

la ley romana exigió esta formalidad; pero Ulpiano fué el primero en dar este consejo que por su justicia y conveniencia se hizo popular y constituye una verdadera ley en la práctica. *Recte autem facient et hæres, et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an, et quatenus rem pejorem legatarius fecerit* (ley 1.ª, § 4.°, tít. IX, lib. VII, Dig.).

Castillo dice que el usufructuario sea particular de algunas cosas ó universal de todos los bienes, puede ser compelido á hacer inventario, pues estando obligado á usar las cosas á arbitrio de buen varon, omitido este requisito no se podria saber si se habria conducido con la debida diligencia, y si restituia las cosas que le habian sido entregadas: *facileque inventario non confecto, periret rerum relictarum proprietas, et ejus jurium probatio* (cap. XIV, núm. 5, § *deinde*).

De esta obligacion, así como de prestar fianza, se considera esceptuado al padre que tiene usufructo legal en los bienes de su hijo, pues ni la índole de la pátria potestad, ni la ley civil autorizan contratos entre ellos.

Por las leyes de Navarra, la falta de formacion de inventario produce la pérdida del usufructo foral, mas no la del vitalicio ó convencional (*Sentencia de 5 de Febrero de 1859*).

En qué consiste la obligacion de conservar la cosa.—Ley 22. —*Guisada cosa es é derecha que cualquier á quien fuese otorgado el usofruto de alguna cosa, ó de alguna heredad, ó en algunos ganados, que asi como quiere aver la pro en que es otorgado este derecho, que pune cuanto pudiere de la aliñar, é de la guardar, é de la enderezar bien é lealmente; de manera que si fuere casa que la repare é enderece que non caya, nin se empeore por su culpa. E si fuere heredad, que la labre bien, é la aliñe. E si fuere viña é huerta, que faga eso mismo. E si se secaren algunas vides, ó árboles, que planten otros en su lugar. E si fueren ganados, é se muriesen algunos, que de los fijos ponga é crie otros, en su lugar de aquellos que asi murieren. E si diezmo, ó otro tributo, ó pecho alguno oviere á salir de la cosa en quel otorgaron el usofruto, él lo debe pagar del fruto que llevare ende, de manera que la cosa de que sale, finque salva...*

Encontramos en la ley, primero la regla, despues varios casos de aplicacion: en este órden vamos á examinarla. Natural es que el usufructuario, siquiera por propio interés, cuide, guarde y repare bien y lealmente la cosa usufructuada, empleando la necesaria solicitud. Mas que todos los consejos, vale la preciosa regla de Derecho Romano, que exige del usufructuario el mismo cuidado que pone en sus cosas un buen padre de familias.

Sin embargo, tampoco son sus deberes tan estensos, que tome sobre sí obligaciones peculiares del dueño. La ley no podia desconocer esta diferencia: así es que dicta reglas proporcionadas á sus respectivos derechos. Analicemos sus ejemplos.

1.° El usufructuario de una casa ha de repararla y cuidarla de modo que no caiga ni se empeore por su culpa. ¿De qué manera ó cómo se traduce éste precepto en hechos positivos? Las leyes romanas dan por supuesta la obligacion del usufructuario á reparar las casas, pero no siempre ni de una manera absoluta, pues la ley 64, tít. I, lib. VII, Dig., dice: *usufructuarius non est cogendus domum reficere, in quibus casibus usufructuario hoc onus incumbit.* No espresándose en ella estos casos, preciso era inferirlos por la naturaleza del usufructo, cuyo principal deber es conservar la cosa, tenerla en buen estado: *reficere quoque, eum ædes per arbitrum cogi Celsus scribit..... hactenus tamen, ut sarta tecta habeat* (ley 7.ª, § 2.°). Los autores tomaron de aquí ocasion para establecer que únicamente los reparos menores, los de simple conservacion, corren á cargo del usufructuario: *modica igitur refectio ad eum pertinet.* Godofredo se valió de esa distincion entre gastos menores y mayores, para esplicar la ley 20, tít. II, libro XXXIX del Dig., que hablando de una casa que amenaza ruina, dice: *ædium refectio ad usufructuarium non pertinet.*

Por gastos mayores entiende la buena práctica los concernientes á la utilidad perpétua de la finca; los frutos menores se han de compensar con los frutos: *multum interest, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructuum* (Ley 3.ª, tít. I, lib. XXV, Dig.).

Adviértase que ni el propietario ni el usufructuario pue-

den obligarse á hacer los reparos mayores: no lo consiente la naturaleza de la servidumbre, y lo prohibe terminantemente la ley 7.ª, § 2.°, tít. I, lib. VII, Dig.: *si qua vetustate corruisent, neutrum cogi reficere, sed si hæres refecerit, passurum fructuarum uti.*

Si el propietario voluntariamente quisiera hacerlos, el usufructuario no podria impedirlo, aunque le causase alguna incomodidad. Hechos por este, dícese que podria reclamarlos á la conclusion del usufructo, porque se presumen gastos necesarios. Quizás otra presuncion seria mas justa: no procede admitir tan en absoluto una doctrina que puede ceder en perjuicio del dueño.

2.° El usufructuario de heredad, viña ó huerta, debe atender á su cultivo, y reponer con otros nuevos las vides y los árboles que se sequen: *in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet sustituere* (§ 38, tít. I, lib. II, Instituta). Lo mismo quiso espresar nuestra ley con la palabra *se sequen*, que la romana con la suya *demortuarum.* El usufructuario no está obligado á sustituir los árboles arrancados por la tempestad: *Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii eversas, ab eo substitui non placet* (ley 59, tít. I, lib. VII, Dig.).

3.° El usufructuario de un rebaño está obligado á reponer las reses muertas con otras que nazcan: *sed si gregis usumfructum quis habeat in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius submittere debet.* Vinio, dice: el Emperador emplea la palabra rebaño, pues si en vez de consistir el usufructo en un rebaño, una universalidad, se hubiese constituido en determinado número de cabezas, como cien ovejas, etc., nada tendria que suplir el usufructuario; se presumen tantos usufructos como cabezas fructuarias, y muerta una, se estingue el usufructo: *quorum uno mortuo usufructus iste extinguitur.*

La reposicion ha de hacerse con los hijos ó crias que haya *(ex fetu).* Por manera que si las crias hubiesen muerto, ó las ovejas hubiesen abortado antes de que las cabezas de ganado debieran ser sustituidas, el usufructuario no está obligado á suplir nada.

Por último, repárese que la ley dice: *si fueren ganados é*

se murieren. Pues cuando la muerte hubiera ocurrido por accidente estraño, como por incendio, ruina del establo ú otra causa, el usufructuario no está obligado á reponerlos.

El Proyecto de Código dispone: Que si el rebaño perece completamente, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio ú otro acontecimiento no comun, el usufructuario cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado de esta desgracia. No hay dificultad en aceptar esta doctrina, cuya razon se encuentra en la ley 30, tit. IV, lib. VII, Dig.: *Caro, et corium mortui pecoris in fructu non est: quia mortuo eo ususfructus extinguitur.* En las pérdidas ordinarias, ó que provengan de la rapacidad de los animales, los despojos de las muertas é inutilizadas quedan á favor del usufructuario; el propietario tiene en su lugar las que las reemplazan. Cuando perece en parte, añade, tambien por caso distinto, tendrá opcion el usufructuario, ó á continuar en el usufructo reemplazando las reses muertas, ó á cesar en él entregando las restantes con sus despojos (454).

No citamos las doctrinas de Castillo en el cap. XXVII, y Gomez en el núm. 7.°, cap. XV, antes citado, porque partiendo de un mismo principio, convienen en lo principal con las anteriores declaraciones; recomendamos, sin embargo, su lectura.

4.° Pago de cargas y contribuciones. Es demasiado lacónico el precepto legal para lo que exijen el número y clase de estas obligaciones. Dijo la ley romana: *usufructo relicto, si tributa ejus rei præstentur, ea usufructuarium præstare debere dubium non est* (ley 52, tit. I, lib. VII, Dig.). Confírmalo la de Partidas: *si diezmo ó otro tributo*, etc. Justo es, en efecto, que el que percibe las rentas y frutos, sufra las cargas anuales y ordinarias impuestas en consideracion á los mismos. Las contribuciones, aunque satisfechas en dinero, representan la parte de renta que el Estado podria cobrar en especie.

En cuanto al pago de deudas, los redactores del Código Civil, imitando al Código Francés en sus arts. 610, 611, etc., distinguen segun que el usufructo sea universal ó particular y

las deudas hereditarias ó testamentarias. El usufructuario universal debe satisfacer las deudas hereditarias juntamente con el propietario, pudiendo anticipar las sumas que le correspondan y repetirlas del propietario concluido el usufructo. Si el usufructuario no verificare aquel anticipo, puede el propietario pagar las deudas, obligando á aquel á que le abone durante el usufructo los intereses, ó hacer vender en cantidad suficiente los bienes usufructuados. Si el usufructo es particular, el usufructuario, aunque la finca estuviese hipotecada, no está obligado á pagar las deudas para cuya seguridad se hipoteca, y si se embargara y vendiese, deberá el propietario indemnizarle de los perjuicios.

Cuando las deudas fueren testamentarias, v. gr., un legado de renta vitalicia ó una pension por alimentos, deberá pagarla por entero el usufructuario universal, mientras que si fuere de parte alícuota pagará solo la parte que proporcionalmente le corresponda, sin que en ninguno de los dos casos quede el propietario obligado al reembolso. Si el usufructo fuere de cosas particulares, únicamente pagará el legado cuando la renta ó pension se constituyere sobre ella.

Nuestros prácticos habian resuelto casi del mismo modo estas cuestiones, segun puede verse consultando á Castillo en su especial y notable obra sobre usufructo. Reproduciríamos de buena gana su doctrina; pero en la imposibilidad de verificarlo por su mucha estension, nos contentaremos con remitir á nuestros lectores á los capítulos 58 y 59, que de esto tratan.

Los gastos y costas de los pleitos sobre el usufructo, no solo es obligacion del usufructuario abonarlos, sino que además debe, siempre que se perturben los derechos del propietario, ponerlo en conocimiento de este, siendo en otro caso responsable de los daños que resulten en la cosa comun si se hubiesen causado por su culpa.

Téngase presente que habla de gastos hechos por causa del usufructo; si fuesen de otra índole, resolveríamos la cuestion en sentido contrario, aunque el usufructuario, como pro-

curador del propietario, puede vindicar y defender la cosa: *Non tenetur de suo expendere et solvere sumptus et litis expensas, et si solverit, poterit à proprietario repetere* (GOMEZ, cap. XV citado, núm. 7, § item adde.).

ARTÍCULO 4.°

Derechos del usufructuario.

E este á quien es otorgado el usofruto gana todos los frutos é las rentas de la cosa en quel fué otorgado, é puédese aprovechar de los frutos della é venderlos si quisiere; mas la cosa en que há el usofruto non la puede enagenar nin empeñar (Ley 20).

Varias cuestiones han promovido los autores acerca de las cosas que pueden ser materia de usufructo. Juzgando por el resultado de algunos textos, la regla mas general es que el usufructo pueda constituirse sobre todas las cosas que están en nuestro patrimonio; y aunque algunos la dan tanta estension que la amplian á cualquier fundo estéril, ó como otros dicen, al que ninguna utilidad produce, no es esta la condicion de las servidumbres, y menos del usufructo, que se concede para proporcionar un beneficio.

En la palabra cosas se comprenden las inmuebles, ó las muebles que no se consumen por el uso, y aun las semovientes, de modo que subsistiria constituido sobre los animales, ganados, etc. Mas dificultades ha ofrecido el decidir si puede constituirse el usufructo sobre cosas muebles. En tiempos de Ciceron, por lo menos, no se creia que pudiera serlo. Pero háblase de un senado-consulto que debió publicarse en los últimos tiempos de la República ó en el reinado de Augusto y Tiberio, cuyo texto, que nos ha trasmitido Ulpiano, decia asi: *Ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit.* Los textos romanos llaman al derecho asi establecido usufructo. Unicamente Gayo hizo observar que el senado-consulto no pudo hacer que este derecho fuese un usufructo, sino que á favor del recurso de que se echó mano empezó á conside-

rarse como usufructo: *Sed, remedio introducto, cœpit quasi ususfructus haberi.* Hé aqui el origen de la denominacion especial de cuasi usufructo, que se ha hecho vulgar (ORTOLAN, *tomo II*).

El cuasi usufructo no debe confundirse con el mútuo, pues, como dice Heinecio, se diferencian en que en el mútuo pueden prometerse usuras; en el usufructo no. En el uno no se exige caucion, y si en el otro. Lo prestado puede pedirse en el momento que quiera el acreedor, á no ser que se haya fijado el tiempo en que se ha de pagar; mas el cuasi usufructo dura por los dias de la vida, pues es servidumbre personal que espira con la persona.

Prévios estos preliminares, esplicaremos los derechos del usufructuario en cada una de estas cosas.

Bienes raices.—La regla es que el usufructuario hace suyos todos los frutos naturales, industriales y civiles: *Omnis fructus rei ad fructuarium pertinet.* No hacia suyo el tesoro, porque el tesoro no es fruto: *Non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur* (Ley 7.ª, § 12, tít, III, lib. XXIV, Dig.). Tampoco el parto de las esclavas, como dicen las leyes 68, tit. I, lib. VII, y 28, § 1.°, tít. I, lib. XXII, Digesto, y repite la 23, tít. XXXI, Part. III, que no citamos por su ninguna aplicacion.

Nuestras leyes nada habian dispuesto acerca de la aplicacion de los frutos pendientes al principiar ó concluir el usu fructo: la práctica se habia encargado de suplir su silencio, en conformidad con las siguientes declaraciones de la ley romana: *Si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si, die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset* (Ley 27, tít. I, lib. VII, D.). *Fructuarius etiam si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, hæredi suo eos fructus non relinquit.* El usufructuario de un fundo no se hace dueño de los frutos si él mismo no los percibe. Por lo cual, si muriese, los frutos maduros no pertenecen á sus herederos, sino al propietario *(§ 36, tit. I, lib. II, Inst.)*. El principio y su resultado van conformes: los frutos se adquieren por sola la percepcion; esto es, cuando han sido separados del suelo ó de la cosa que los ha producido; de modo

que los que el usufructuario no ha hecho suyos por sí ú otro en su nombre, tampoco puede percibirlos el heredero: *Nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit, quia morte fructuarii, ut omnia quæ personæ cohærent, extinguitur.* Así dice Vinio, añadiendo que la regla procede aunque el usufructo haya durado la mayor parte del año y el usufructuario hubiese muerto maduros ya los frutos; lo único que el heredero podria deducir son las espensas: *Quia fructus non intelligitur nisi quod deductis impensis superest.*

El Proyecto de Código declara que los frutos naturales é industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario: los pendientes al tiempo de estinguirse el usufructo pertenecen al propietario: no concede ni á uno ni á otro derecho á pedirse abono alguno por razon de labores sencillas ú otros gastos, para evitar, dice Goyena, las contiendas y pleitos que producen estas reclamaciones.

El usufructuario de viñas, olivares ú otros árboles ó arbustos, sean ó no frutales, puede aprovecharse de los pies muertos naturalmente. Los caidos ó arrancados por accidente pertenecen al propietario. En el art. 445 del Proyecto no se distingue entre árboles frutales y no frutales, porque la ley romana no hizo tampoco la menor diferencia: declaró que todos los que se murieren naturalmente eran del usufructuario, aunque con obligacion de reponerlos: *Et priores ad fructuarium pertinent.*

Los montes se han de aprovechar segun su naturaleza: el art. 446, que de ellos habla, suple un vacío de nuestras leyes copiando las romanas, que pecaron de minuciosas, pues especifican los cañaverales, sauces, etc.

Legado el usufructo de un campo del que forme parte el monte tallar, cañaveral, sauzal, puede el usufructuario, no solo cortar á arbitrio de buen varon lo que necesite, sino tambien para vender como frutos, porque frutos deben reputarse todas las cosas que se reproducen *(Ley 9.ª, § 7.°, tit. I, lib. VII, Digesto).*

Del monte no tallar que forme parte de la heredad, el usu-

fructuario solo puede tomar lo necesario para el uso de la viña, como estacas, horquillas, y para reparacion de la casa de campo: *Dum ne fundum deteriorem faciat* (Ley 10). Si el viento arrancase árboles, puede tomar de estos lo necesario para su uso y el de la viña, y obligar al propietario á que quite los demás si perjudican al usufructo *(Leyes* 11, 12, *etc.)*.

En el usufructo universal ó en el especial de un monte se comprende el derecho de cortar y vender segun la práctica del pais y como lo haria un buen padre de familia *(Ley* 22, *tit. VIII, lib. VII, Dig.)*. El uso ó práctica del constituyente no debe ser regla, porque pudo ser un disipador *(Ley* 9.°, *§ último, y* 27, § 2.°, *tit. I del mismo libro)*.

Estas conclusiones se han tenido presentes á la formacion del Proyecto de Código; citándolas creemos hacer un servicio á la juventud estudiosa.

Los frutos civiles del año en que empieza ó acaba el usufructo, no siendo de los arrendamientos de tierras, se dividen á prorata del tiempo entre el propietario y el usufructuario ó sus herederos, en razon á que estos frutos se adquieren dia por dia, y no á ciertas estaciones del año, como sucede con los frutos naturales é industriales.

En los frutos civiles que provengan de los arrrendamientos de tierra, se sigue la regla establecida para los naturales é industriales por considerarse dichas rentas como si fuesen frutos de la tierra; de manera que si el colono hubiera cogido los frutos del campo arrendado cuando murió el usufructuario, las rentas del arrendamiento corresponderán á los herederos de éste, aunque no se haya cumplido el plazo, y si no se hubieren cogido, pertenecerán al propietario.

Vinio, esplicando esta diferencia, dice que consiste en que el usufructuario no debe conseguir por medio del arrendatario ni mas ni menos de lo que hubiese percibido, disfrutando él mismo la cosa. Y asi como hubiese hecho suyos todos los frutos que hubiese percibido, asi le corrresponde percibir los del colono que ha recibido de él la facultad de percibirlos, *qui causam percipiendi ab eo habet.* Débesele, pues, toda la pension

que trasmitirá íntegra á su heredero, aunque no haya acabado el tiempo del arrendamiento; por el contrario, nada le toca recibir á dicho heredero, si el usufructuario murió antes que el colono hubiese recogido los frutos; y si hubiese muerto percibida parte de los frutos y parte no, se verificará un prorateo entregando al mismo heredero la parte de los percibidos reservando la otra al propietario.

Cuando la pension se satisface por el uso cotidiano de una finca, como sucede en una casa, no debe prolongarse la pension mas allá de lo que se estiende el uso; de otro modo resultaria el absurdo de que consiguiese mas el usufructuario por el inquilino, que si él mismo usase de la cosa: *alioque plus consequeretur fructuarius per inquilinum quam si ipse re usus esset.* Hasta aqui Vinio, cuya esplicacion es igual á la que dá Castillo *(Trat. de usuf., cap.* LXXVII *y sigs.).*

Cosas, muebles y semovientes.—Puede el usufructuario emplearlas en el uso á que están destinadas con la obligacion de restituirlas en el estado en que se encuentren al tiempo de concluirse el usufructo é indemnizando al propietario si se hubieren deteriorado por culpa del usufructuario. En el usufructo de un censo ó cantidad que produzca intereses, el usufructuario hace suyos los réditos que hubieren correspondido al propietario.

Si fueren ganados, la regla es la que estableció Justiniano en el § 37, tit. I, lib. II, Inst. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, pili et lana. Itaque agni, hædi et vituli et equuli et suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt.*

Acerca de este punto ha reunido Castillo muchas declaraciones casi mas curiosas que útiles. En el capítulo XXXVI dá la definicion de frutos y espresa los aprovechamientos comprendidos bajo este nombre. El usufructuario de un estanque, dice, puede pescar y matar peces con tal que otros se sustituyan en lugar de los muertos: *dicuntur namque pars fundi, resque inmobilis, pisces qui in stagno sunt, ut multiplicentur et crescant...* debe pues conservar el número de peces. El usufructuario de un palomar puede coger y matar las palomas para que se multi-

pliquen y crezcan, *dummodo aliæ in mortuarum locum substituantur.* Igualmente como la caza está en la clase de frutos, puede el que tenga el usufructo en un fundo ó vivero cazar ú ocupar aves, matar fieras no pudiendo el propietario prohibirle que cace *(Núm. 26 y sigs.).*

El usufructo de cosas fungibles suscitó, segun hemos visto, algunas dificultades. Justiniano no podia menos de hallarlas para hacer compatible su disfrute con su conservacion, mas como al fin reconoció que un Senado Consulto habia establecido ya que no el usufructo un cuasi usufructo mediante caucion: *sed per cautionem quasi usumfructum constituit*, los legisladores le han copiado y la práctica se ha puesto á su servicio para realizar la ejecucion de este pensamiento.

Las cosas llamadas fungibles no están bien clasificadas. Vinio acusa á Triboniano por haber puesto en este número los vestidos. No se dice que se consuman por el uso las cosas que pueden llevarse largo tiempo y que poco á poco se deterioran, sino las que tan pronto como se usan se consumen, *quarum non nisi in abusu usus est.*

Sea como quiera, estando reconocido que puede concederse el usufructo de los vestidos, se desea saber en qué consiste, cuáles son los derechos del usufructuario; porque si ha de pagar su estimacion, entonces hasta gravoso ha podido serle el usufructo; y si cumple con volverlos completamente deteriorados, en vano es que se obligue á restituirlos. Los que sostienen lo primero alegan que tasándose los vestidos, se le trasfirió su dominio y pasa el usufructo á la clase de legado de cantidad. Los que afirman lo segundo, dicen que cumple con restituirlos en el estado en que se hallen, pues, careceria sino de objeto el usufructo, y que solo estará obligado á responder del deterioro en caso que provenga de su culpa ó negligencia. Febrero, que se hace cargo de ambos pareceres, dice: que le hace fuerza el último por ser conforme con la intencion del testador que quiso beneficiar al usufructuario; pues en todas estas cosas no tiene mas que el mero uso y de estar obligado á volver su estimacion, lejos de esperimentar su utilidad, se

le irrogaba perjuicio y carga etc. *(Lib. I, cap VII, §§ 2.° y 24)*. Nuestras leyes callan sobre este caso: las romanas le deciden como puede verse por la siguiente declaracion: *Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam hæres stipulatus sit, finito usufructu, vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit* (Ley 9.ª, tit. IX, lib. VII, Dig.), con lo cual está conforme la 15, § 4.°, tit. I del mismo libro.

En cuanto á otras cosas llamadas con mas propiedad fungibles, el usufructuario puede usar de ellas á su albedrío obligándose á devolver su estimacion ú otro tanto de la misma especie y calidad: solo de este modo se concibe que puedan darse en usufructo: *tempore ususfructus constituti fit æstimatio rerum, et præstatur cautio de restituendo, finito usufructu quantitatem in qua fuit æstimata* (GOMEZ, Var. Res., cap. XV, núm. 3).

Hemos visto que el usufructuario dispone libremente de los frutos; pero no de la cosa: recordemos aquí que segun la ley *non la puede enagenar nin empeñar*. Atengámonos á las palabras trascritas y así evitaremos las dudas que ha producido el Derecho Romano: algunas de las disposiciones permitian al usufructuario, no solo dar en arriendo, sino vender y donar: *usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest* (Ley 12, § 2.°, tit. I, lib. VII): á esta doctrina podria oponerse la del § 3.°, tit. IV, lib. II, Inst. *nam cedendo extraneo nihil agit:* pero quizás no sea lo mismo una cosa que otra: pues como dice la primera de estas leyes: *nam et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur.*

Los autores se han esplicado con la misma diversidad: muchos, dice Castillo, creen que no puede el usufructuario enajenar ó ceder el usufructo *(Núm. 5, cap. LXIX)*. Otros sostienen por el contrario, que puede enajenarse (*Núm.* 6); hay una tercera opinion, es la de los que distinguiendo entre el derecho de usufructo y la comodidad ó facultad, suponen que no puede enajenar ó ceder el derecho, pero sí su aprovechamiento: *ut ususfructus vel jus ususfructus nequeat cedi, nec alienari, ipsa vero commoditas, aut facultas percipiendi fructus alienari vel cedi possit* (Núm. 7). Castillo desaprueba esta distincion, fundándose en que las le-

yes hablan en general y que en vano seria prohibir al usufructuario enajenar el derecho si se le permitia vender la utilidad: *cum idem effectus sequatur, quem, et non nomina ususfructus, vel commoditatis considerare debemus* (Núm. 11). En el 19 manifiesta la diferencia que existe entre la venta y la cesion y esplica por qué el usufructuario autorizado para lo primero no lo estaba para lo segundo. Lo positivo con arreglo á nuestra ley es lo que resulta de su literal contesto: puede el usufructuario enajenar los frutos que son suyos, mas no el derecho de usufructo que es personalismo. Así se ha entendido, así se verifica en la práctica.

Artículo 5.°

Estincion del usufructo.

Ley 24.—*Curso natural es que todas las cosas que los omes otorgan por palabra ó facen de fecho, hayan maneras ciertas porque se puedan desatar..... é queremos aqui decir como se puede toller ó desatar el usofruto.* [1] *E decimos que si aquel á quien fué otorgado usofruto en alguna cosa ó uso tan solamente, se muere ó lo destierran para siempre en alguna isla; ó si era aforrado é lo tornaron con derecho en servidumbre; ó seyendo libre consintió en ser vendido como siervo, se pierde ó se desata el usofruto ó el uso, é tornase al señor cuya era la propiedad de la cosa.* [2] *Si aquel á quien fuese otorgado el usofruto ó el uso, non usase de él nin otro en su nome por diez años estando en tierra, ó veinte seyendo en otra parte; que por tanto tiempo se pierde el derecho é tórnase al señor de la propiedad.* [3] *Si otorgase despues á otro alguno el derecho que él habia en ella, se desata por ende el usofruto ó el uso, é tórnase por ende al señor de la propiedad; é de alli adelante non lo debe aver, nin el otro á quien lo él otorgó. Ca como quier que este atal que há usofruto en la cosa, lo podria arrendar á otri si quisiese, con todo eso el derecho que él en ello avia non lo puede enagenar.* [4] *Si aquel que oviese el usofruto en la cosa, comprase la propie-*

dad della, que se desata por ende el usofruto, porque se ayunta todo despues en un señor, la propiedad con el usofruto.

Dejando á un lado la esclavitud y el destierro, ó sea la muerte civil, que no reconoce nuestro derecho, son cuatro los modos de estinguirse el usufructo conforme á esta ley: la muerte natural, la prescripcion, la enajenacion ó cesion de este derecho, y su consolidacion con la propiedad.

El usufructo como derecho personal espira por muerte del usufructuario: *Jus fruendi morte extinguitur, sicuti si quid quod personæ cohæret* (ley 3.ª, tít. IV, lib. VII, Dig.). De cuyo principio se infiere: 1.°, que aun cuando los interesados estuviesen conformes en que tal usufructo pase á los herederos, se entiende á los próximos, no á los remotos; 2.°, que el usufructo no puede ser establecido por contrato ó última voluntad para cuando el usufructuario muera ó para despues de su muerte, porque ninguna disposicion vale hecha para tiempo en que debe concluir; 3.°, que de la misma suerte que acaba el usufructo ya constituido, se estingue la accion personal que competia por su causa antes que realmente fuese constituida (GOMEZ, *var. resol., tomo II, cap. XV, núm. 18).*

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 13 de Setiembre de 1861: Que aunque segun la ley 24 citada, el usufrcuto se estingue ordinariamente por la muerte del usúfructuario, esto no escluye que pueda estenderse su duracion por condiciones ó pactos que no sean contrarios á su naturaleza y no hagan ilusorio el derecho del propietario; que en su consecuencia es válido el usufructo constituido en contrato por la vida del que lo otorga.

Es constante, añade el mismo autor, que el usufructo, como toda servidumbre mixta, prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Pudiera quizás decirse que debia exigirse tiempo inmemorial por ser discontinua, pues el poseedor no usa y disfruta siempre del usufructo, sino una vez en el año ó con mayor intervalo. Pero aunque el acto de percibir los frutos sea discontinuo, no obstante, la posesion mediante la cual se perciben los frutos es continua.

Objétase tambien que en el usufructo no cabe prescripcion, porque no hay en él posesion civil, que seria necesaria, sino natural, única que al usufructuario compete en el fundo ó en la cosa. Y á esto responde el autor que el poseedor del usufructo no le prescribe mediante la posesion natural que tiene en el fundo, sino mediante la civil que tiene en el mismo derecho de usufructo; de donde se infiere que como es medio legítimo para adquirir, puede serlo tambien para perder.

Mas asi como por estas razones y porque la ley lo dice, es evidente que el usufructo concluye por el no uso durante cierto tiempo: ¿concluirá tambien por el mal uso ó un uso distinto? El derecho pátrio no resuelve esta dificultad, aunque segun los principios del romano, los autores suponen que no, y se fundan en que la fianza tiene precisamente por objeto precaver y corregir ese abuso. Verdad es que el texto de la Instituta dice: *non utendo per modum et tempus;* con cuyo motivo los intérpretes han tratado de investigar si puede constituirse el usufructo con tal calidad ó de tal manera que si no se adapta á esa forma, á ese modo, concluya. Esta cuestion les ha dividido: Bacovio lo negaba, creyendo que este fué un error de Triboniano. Segun Vinio, no hay en eso dificultad; si á Ticio, por ejemplo, se hubiese legado el usufructo de una casa, á calidad de que la habitase en estío y la habitara en invierno; ó si se le hubiese legado el usufructo de una selva á condicion de que la podase en tal tiempo y de tal modo, y él la podara de otro modo y en otro tiempo, se entenderia que no la habia usado por no usarla en el modo prevenido: *non videbitur usus qui ad suum modum usus non est.* Heinecio no opina de la misma manera acerca de esta dificultad, cree que Gerardo Nood esplica como corresponde esa frase cuyo sentido es que se pierde el usufructo si alguien no usó de él por modo ó en la *forma de tiempo* constituido por Justiniano: *amitti usumfructum, si quis non usus sit per modum temporis à Justiniano constituti.*

La tercera causa es por cesion, en cuyo caso ni él, ni el

cesionario conservará el usufructo, sino que se consolidará con la propiedad.

Tomada está la anterior cláusula de la siguiente del § 3.°, tít. IV, lib. II de la Instituta: *Nam cedendo extraneo nihil agitur.* Y aunque la inteligencia de este precepto no ha dejado de ofrecer cuestiones, y el nuestro parezca contradictorio y anómalo, segun advierte el autor de las *Concordancias* en el comentario del art. 443, no por eso es menos cierto ni menos eficaz mientras conserve su vigor la ley que le establece: *de alli adelante non lo debe aver, nin el otro á quien lo otorgó.* La causa de esta prohibicion puede haber sido que el usufructo es un derecho inherente á la persona, por lo cual, y en ódio á su enajenacion, se ha establecido aquella pena. No es, dice Gomez, indiferente al propietario esta sustitucion de personas: *Quia forte fructuarius esset senex, et venderet alicui juveni, vel infanti, et esset expectanda mors illius, et sequeretur maximum præjudicium propietario (Var. res.*, id., núm. 15*).* No es lo mismo el derecho ó lo que se llama el usufructo formal que los efectos, ó sea la comodidad y la percepcion de frutos; pues esta no produce cambio alguno perjudicial para el propietario. Mas grave habria sido otra duda si no la hubiese resuelto la ley. Los jurisconsultos debatieron sobre la inteligencia del precepto justiniáneo, y aunque en el ejemplo propuesto parece que declarada nula la cesion implica que acabe el usufructo, la ley así lo dispone: la cesion, aunque ineficaz en sí misma, estingue el usufructo.

Jurisprudencia.— Está declarado en sentencia de 16 de Abril de 1859: Que la cesion de usufructo hecha condicionalmente y con limitaciones por el usufructuario, equivale á una simple cesion de frutos, y no debe entenderse como trasmision completa y absoluta del derecho.

De cualquier modo ó por cualquier causa que se reuna la propiedad con el usufructo, hay consolidacion: esta es una especie de estincion que se deriva de la naturaleza especial del usufructo. La consolidacion lleva necesariamente consigo la estincion de la servidumbre, aunque, como dice Gomez,

el usufructo consolidado con la propiedad provenga de causa lucrativa, y el título original de la propiedad haya sido oneroso, cuyo tema desarrolla en el núm. 19.

Las causas que producen la consolidacion son de varios géneros; pero conviene advertir que el derecho de acrecer y los términos de la concesion influyen, como no puede menos, en este modo de estinguirse el usufructo.

Estincion del usufructo de una casa.—Ley 25.— *Quemándose toda la casa ó el edificio, en que fuese otorgado á algun ome el usofruto, ó el uso tan solamente, ó derrivándose toda, por terremoto, de raiz ó de otra guisa; piérdese por ende el usofruto que habia en ella. E maguer aquel que habia el usofruto ó el uso quisiere facer despues deso la casa ó el edificio en aquel suelo mismo, non há poder de lo facer. Fueras si el señor de la propiedad le otorgase poder de lo facer.*

Acerca del mismo caso se esplicó el citado § 3.° de la Instituta en estos términos: *Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.* Pero la ley 5.ª, § 2.°, tít. IV, lib. VII, hace igual declaracion en cuanto al usufructo de un campo: *Si ager, cujus usus noster sit, flumine, vel mari inundatus fuerit amittitur usufructus.* Preciso es, con efecto, que el usufructo se estinga concluyendo la cosa. Trátase de la destruccion de una cosa determinada; pues si el usufructo fuere de una totalidad de bienes, continuará el usufructo en el solar de la casa quemada ó arruinada: *Si ædes incensæ fuerint, usufructus specialiter ædium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructo legato, areæ usussfructus peti poterit* (Ley 34, tít. I, lib. VII, Dig., al fin.).

La destruccion ha de ser total, como lo da á entender la ley al decir: *quemándose toda la casa, derribándose toda.* No bastaria una destruccion parcial, porque como dice la 53, tít. I, lib. VII del Digesto, *si cui insulæ ususfructus legatus est, quamdiu quolibet portio ejus insulæ remanet, totius soli usumfructum retinet.*

A la destruccion estaba equiparado por el Derecho Romano el caso de haber cambiado la cosa enteramente de forma. Vinio da una regla bastante segura para conocer cuándo

ha llegado ese caso: supone que la cosa cambió de forma si por la mudanza cambió de nombre; no porque el nombre pertenezca á la sustancia de la cosa, sino porque *ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur à forma enim rei nomen accipit.*

Pruébalo con algunos ejemplos de los muchos en que abundan las leyes del tit. IV, lib. VII, Digesto: entre ellos está el que algunos tachan de sutileza, que es el usufructo de un tiro de cuatro caballos y el de un rebaño: si en el primer caso muere un caballo, y en el segundo se reducen las cabezas á menos de diez, cuyo número era preciso para constituir rebaño, se estingue el usufructo.

Usufructo de una poblacion.—Ley 26.—[1]*A cibdad ó villa seyendo otorgado usofruto, tal otorgamiento debe durar cien años é non mas, si tiempo señalado non fuere y puesto; é de los cien años en adelante tórnase el usofruto al señor de la heredad ó á sus herederos. E esto es por esta razon: porque el usofruto otorgado señaladamente al comun de algun lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron los sábios que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nascidos el dia que fuese otorgado el usofruto.* [2]*Si aquella villa ó lugar..... se hermanase de manera que fuese arado el suelo, ó fincase todo el lugar yermo que se destaja por ende el usofruto.* [3]*Pero si todos los moradores ó alguna partida dellos poblasen despues de so uno en otro lugar; en salvo les fincaria el derecho que habian en aquel usofruto, maguer desamparasen el suelo de la villa do estaban poblados á la sazon que ganaron el usofruto.*

Nuestra ley imita á las romanas en todo: habla de villas y ciudades, señala los cien años como término de cualquier usufructo que les corresponda, da por razon la misma que ellos invocaron, á saber, que durante aquel período pueden haber muerto todos cuantos nacieron al constituirse el usufructo; abrevia, por fin, ese término cuando el *lugar fincase yermo*, sin olvidar el caso de que fuese arado el suelo, porque los romanos para edificar y asolar las ciudades, usaban del arado.

Ahora bien: ningun inconveniente ofrece la doctrina es-

puesta. Los intérpretes no hacen mas que ampliarla á todo colegio y corporacion, en cuanto al término, los modernos códigos le reducen, el Proyecto del nuestro le fija en treinta años: el usufructo, dice el comentador, es odioso por anti-económico; su tendencia natural es á reunirse lo mas pronto posible con la propiedad, cuya reduccion se halla apoyada en la ley 68, § 1.°, tít. II, lib. XXXV del Dig.: *Si Reipublicæ usus fructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.* Sin embargo, la de Partidas dió preferencia á otra razon, que espresa la ley 56 al final, tít. I, lib. VII, Dig.: *placuit centum annis tuendos esse municipes: quia is finis vitæ longævi hominis est.*

El usufructo, aun sin espirar el plazo, podia concluir á voluntad de la villa ó lugar por dejacion ó por abandono. Pero era necesario que así lo demostrasen, arando el suelo ó dejando yermo el lugar; pues si todos unidos ó la mayor parte poblasen en otro, de modo que no hicieran mas que cambiar de asiento, podrian retener el antiguo usufructo.

Quedan esplicadas las únicas causas de que hablan las leyes de este título. Fáltanos recordar que el usufructo convencional admite los límites y condiciones de todos los contratos, y que el legal es un usufructo *sui generis*, y tiene una terminacion proporcionada á su origen.

SECCION II.

DEL USO.

Artículo 1.°

Naturaleza y efectos de este derecho.

.....La segunda manera es cuando un ome otorga tan solamente en su casa, ó en su heredad, ó en otras sus cosas el uso. E de tal otorgamiento como este non se puede aprovechar dél tan llenerament aquel á quien es fecho, como del usofruto. Porque este que há el uso tan solamente, non puede esquilmar la cosa.

si non en lo que oviere menester para su despensa; asi como si le otorgan uso en alguna huerta, que debe tomar de la fruta ó de la hortaliza lo que oviere menester para comer él é su compaña; mas non para dar ende á otri nin para vender. Eso mismo seria si un ome otorgase á otro uso en su prado, ó en su viña, ó en otra su cosa. Otrosi decimos que non puede ome enagenar nin empeñar la cosa en que há el uso. E aun decimos que debe dar buenos fiadores, que usará de la cosa á buena fé, asi como buen ome, non faciendo daño en ella porque se empeorase ó perdiese por su culpa (ley 20).

Los autores han definido el uso: *jus rebus alienis ad necesitatem utendi, salva earum subsistencia.* Cuando la ley preinserta, conforme con el § 1.°, tít. V, lib. II de la Instituta, marca la diferencia que hay entre él y el usufructo, no da su definicion, solo determina sus efectos. Tampoco se necesita mas: el Emperador lo habia dicho todo en una sola cláusula: *minus autem juris est in usu quam in usufructo;* de la cual es un equivalente la de Partida: *Non se puede aprovechar dél tan lleneramente como del usofruto.* Comprende este todos los frutos, el uso no mas que los necesarios para subsistir, debiéndose graduar las necesidades por la posicion y circunstancias especiales del usuario: *largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus* (ley 12, § 1.°, tit. VIII, lib. VII, Dig.). Ni está obligado á tomarlos diariamente: siendo de los que suelen conservarse, podrá hacer provision necesaria para el año; aunque si muere antes de haberla consumido habrá de restituirse lo restante (VINIO).

Hagamos aplicacion de estos principios á algunos casos particulares: al uso de un fundo, de una casa y de un rebaño. El que posee el uso de un fundo, un huerto por ejemplo, tiene el derecho de coger legumbres, flores, frutas etc.: tiene asimismo el de permanecer y pasear en él: usar la habitacion que tenga un destino rústico, servirse solo de las bodegas de vino ó de aceite é impedir al propietario y á los individuos de su familia que vayan á él como no sea para verificar las operaciones del cultivo.

La causa de que se le prohiba arrendar ó vender los bene-

ficios que el uso reporta, es porque de lo contrario ya no seria usar sino mas bien sacar de la cosa un producto civil.

El uso de una casa dá derecho al usuario para que la habite por sí, sin poder trasferir á otro su derecho: lo cual se entiende, segun Vinio, *si seorsum locet aut concedat sine se;* pues si por ser muy espaciosa no puede ocuparla toda, no se le prohibe que arriende la parte que no ócupa para percibir la pension. Se ha puesto en duda que pudiese admitir un huésped y aun habitarla con su familia, porque el párrafo de la Instituta dice: *vix receptum est;* pero de esas palabras se sirvió el Emperador para denotar que si hasta entonces habia sido dudoso, ya no podia serlo que el usuario estaba autorizado para recibir un huésped y sobre todo para vivir con la familia.

Acerca de este punto hay en el derecho pátrio declaracion espresa.—Ley 21.—*Uso tan solamente habiendo algun ome en casa agena, bien puede y morar él, é su muger, é sus fijos, é su compaña, é puede y aun recebir huéspedes si quisiere....*

Si el uso fuese de un rebaño decia el § 4.°, tit. V, lib. II de la Instituta, el usuario no tomará ni leche, ni lana, ni corderos, porque estos productos se consideran ya como frutos. Pero podrá servirse del rebaño para estercolar sus campos. Considerado asi el uso era poco menos que nulo; por lo que la Jurisprudencia ha templado el rigor del estricto derecho deduciendo de los principios generales de esta servidumbre que el usuario puede aprovecharse de las crias, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia y el estiercol necesario para el abono de las tierras.

De esta manera resuelve la cuestion la ley 21 antes citada, que en su última parte dice: *Si un ome otorgase á otro uso en sus ganados que aquel á quien es otorgado, puede traer aquellos ganados por sus heredades, porque se engruese la tierra del estiercol que sale de ellos, para dar mejor fruto; é puede tomar de la leche, é del queso, é de la lana, é de los cabritos lo que oviere menester para despensa de si, é de su compaña; mas non debe tomar ende para dar ni para vender á otri ninguna cosa.*

Como están limitados sus derechos están asimismo limitadas sus obligaciones: debe segun hemos visto prestar caucion de que usará la cosa á buena fé *(Ley 20)*. Mas, está dispensado de poner el esmero que la 22 exige del usufructuario: *fueras ende, si fuese tan pequeña que él solo se llevase todo el esquilmo por razon del uso que habia en ella. Ca estonce tenudo seria de la aliñar, é de la guardar é de pechar por ella.*

En cuanto á los modos de constituirse y acabar este derecho, siendo los mismos que rigen acerca del usufructo, debemos omitir su exámen.

SECCION III.

DE LA HABITACION.

Artículo único.

Naturaleza y efectos de la misma.

Ley 27.—*Habitatio en latin quiere decir, como morada en romance, é há lugar tan solamente en las casas é en los edificios. E decimos que si algun ome otorga á otro morada en alguna su casa, ó gela deja en su testamento, si á la sazon que esto face, non dijese señaladamente fasta cuanto tiempo debe durar: se entiende para en toda su vida de aquel á quien la otorga, ó la deja en su manda. E debe usar della ó buena fé, guardándola, é non la empeorando, nin confundiendo por su culpa. Otrosí debe dar buenos fiadores que tornara la casa á su dueño, ó á sus herederos, despues de su muerte, ó del otro plazo, que fuere puesto entre ellos. E puede morar en ella éste á quien otorgaron la morada con la compaña que tuviere. E aun si la quisiere arrendar ó alojar puédelo facer. Pero á omes ó á mugeres que fagan y buena vecindad. E non puede ome perder el derecho que ha ganado en tal morada, fueras ende tan solamente por su muerte, ó quitándola sin premia en su vida.*

Aunque apenas se distingue el uso de una casa y su habi-

lacion: *Papinianus consensit idem pene esse legatum usus et habitationis;* puede haber alguna diferencia. Por eso Justiniano la dedica un párrafo en su Instituta; por eso D. Alfonso la dedica esta ley en su Código. Hoy ya no nos importa la cuestion un dia tan debatida sobre la naturaleza de la habitacion. No constituia en sus principios una verdadera servidumbre personal: no era propiamente hablando, un derecho único, una segregacion del dominio; era un hecho solamente, un beneficio cotidiano principiado y adquirido dia por dia para el legatario: *tale legatum in facto potius, quam in jure, consistit* (Dig. 4-5-10, *F. Modestinus*). Justiniano la considera como una servidumbre particular. Este concepto merece para nosotros y asi vamos á examinarla.

Tiene solo lugar en las casas ó edificios: se constituye por contrato ó por testamento: se otorga de por vida ó con limitacion de tiempo: consiste en usar de ellas y habitarlas á ley de buen varon: exige que se dén fiadores como en el uso ó el usufructo: faculta para habitarlas, por si y con su familia; asi como para alquilarlas á gentes de buen vivir y no acaba sino por el tiempo, la muerte, ó la renuncia.

Hé aqui lo que dice la ley y lo que constituye esta servidumbre que conviene con todas en ser carga para uno y derecho para otro: que tiene de especial el uso ó el destino.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 14 de Junio de 1861: Que la ley 6.ª, tit. VIII, Part. V, se limita á dictar reglas para el contrató de arrendamiento de una casa ó tienda, y que la 27, tit. XXXI, Part. III no tiene otro objeto que fijar la duracion de la servidumbre de habitacion, cuando no se espresó al otorgar este derecho. Que la disposicion testamentaria en que se deja á cierta persona el derecho de habitar parte de una casa, no es un contrato, ni el legado de tal derecho constituye rigorosamente la servidumbre de habitacion, cuando se impone al legatario la obligacion de pagar alquileres.

CAPÍTULO V.

DE LOS CENSOS.

---

§ INICIAL.

Acepciones de esta palabra.

La palabra censo se encuentra usada en diferentes acepciones. El derecho administrativo la toma en sentido de lista ó padron de poblacion y riqueza de sus vecinos y terratenientes, y tambien por el tributo que se impone á los súbditos para satisfacer á las atenciones del Estado. El Derecho Civil considera el censo como una modificacion del derecho de propiedad, que ó bien produce una coparticipacion del dominio, ó bien dá derecho á retirar una parte de las utilidades de la cosa. Velazquez de Avendaño, en su tratado de *censibus,* despues de analizar estas varias acepciones, añade: «Contrayéndonos á la especie, el censo significa y comprende toda prestacion, contribucion ó pension, ánua, real, personal ó mixta, debida al Rey ó á un particular, y todos los réditos y emolumentos adquiridos por compra, ó debidos por merced, ó introducidos por tiempo, ó por cualquier hecho del hombre *(núm.* 12. *capítulo I).*

Reducida la definicion á sus precisos términos, hallamos que lo que constituye la idea capital del censo es el derecho á cobrar algo, por algo que se ha dado. En todos figura como elemento indispensable la cosa, objeto del censo, y que ó bien es la trasferencia del dominio útil, ó bien la del dominio pleno, ó bien la imposicion de un capital sobre determinada finca.

Del censo se cuentan tres especies principales, y se hacen varias divisiones. Las especies son censo enfitéutico, reservativo y consignativo.

Las divisiones reconocen distintos orígenes: por razon de su naturaleza se le llama real, personal ó mixta: division impro-

pia y hasta absurda, porque absurdo es que se hable de censos impuestos sobre la persona, siquiera se cobren de su trabajo, como no se pretenda renovar la odiosidad de ciertos tributos personales, que tenian mas de servidumbre que de censo.

Por la forma de la pension se han llamado fructuarios los que se pagaban en especie, y pecuniarios los pagados á dinero.

Por el tiempo se han distinguido en perpétuos y temporales, redimibles é irredimibles.

Hé aqui el asunto del presente capítulo. El censo es un derecho mas en la cosa, ó como si dijéramos, una modificacion mas en el estado de la propiedad.

Podrá suceder que al examinarle bajo este aspecto, presentemos doctrinas relacionadas con el contrato. De todo hallamos ejemplo en los autores: si no obstante tomarlos por modelo, incurrimos en alguna falta de clasificacion, esperamos que se nos dispense; lo uno, apreciando nuestro buen deseo de presentar un todo completo; lo otro, teniendo en cuenta la dificultad de elegir y proporcionar las materias, separando las que constituyen la esencia de este derecho y las que se refieren á la forma de su constitucion.

SECCION I.

DEL CENSO ENFITÉUTICO.

§ I.

Origen y naturaleza de este censo.

Artículo 1.°

Antigüedad del mismo.

La enfitéusis va unida á la historia de las grandes propiedades; cuando los emperadores instituyeron su tesoro imperial y por varios medios, sin escluir el de las confiscaciones,

llegaron á ser dueños de la fortuna públíca; cuando algunos particulares consiguieron acumular en sus manos vastos territorios que componian casi toda una provincia, nació la enfitéusis, última y necesaria forma de cultivo para un pueblo que habia ensayado todos los grados conocidos, el sistema patriarcal, la servidumbre y el colonato.

Pero esta palabra que aparece muy tarde en las constituciones imperiales, no determinó una idea conocida; la enfitéusis continuó rigiéndose por los princípios de la venta ó del arrendamiento, hasta que el emperador Zenon, buscando un término medio entre aquellas convenciones, á las cuales mas se asemeja, la elevó al rango de los demás contratos y la revistió de acciones especiales.

A la descomposicion del imperio romano, la enfitéusis tomó asiento entre las tribus septentrionales, llegando á adquirir tal importancia en aquellos pueblos ávidos de utilizar los efectos de la conquista, y que además fundaban sobre la propiedad territorial la base de las relaciones personales, que como institucion figuró casi al lado del feudo, y en mas de un caso vino á confundirse con él.

Artículo 2.°

De la naturaleza y requisitos del censo enfitéutico.

Ley 3.ª, tit. XIV, Part. I.—[1] *Enfitéusis es manera de enagenamiento é es de tal natura que derechamente non puede ser llamada vendida, nin arrendamiento, como quier que tiene natura en si de ambas á dos:* [2] *é há logar este enagenamiento en las cosas que son dichas raices é non en las muebles;* [3] *é fácese con voluntad del señor de la cosa é del que la rescibe en esta manera: que el rescibidor ha de dar luego de mano al otro dineros ó alguna cosa cierta, segun se avinieren, que es como manera de precio é que ha de fincar por suyo quitamente; é el señor de la cosa débela entregar con tal condicion, que le dé cada año dineros ó otra cosa cierta en que se avinieren.*

Sobre lo mismo dice la ley 28, tit. VIII, Part. V.—*Con-*

ractus emphyteuticus en latin tanto quiere decir en romance, como pleito ó postura que es fecha sobre cosa raiz que es dada á censo, señalado, para en toda su vida de aquel que la rescibe, ó de sus herederos, ó segun se aviene por cada año.

Las anteriores leyes dan una idea, tan completa como aqui se necesita, acerca de los elementos constitutivos del censo. Es un contrato *(pleito ó postura)* de naturaleza especial, aunque participa de venta ó arrendamiento, que tiene por objeto una cosa raiz, la cual se entrega para siempre ó para determinado tiempo, con voluntad de que el que la reciba la tenga libremente ó por suya, á condicion de satisfacer cada año dineros ú otra cosa cierta.

Dividen los autores el censo en eclesiástico, laical, temporal ó perpétuo, division que hallamos autorizada por el derecho. Una de las anteriores leyes habla del censo constituido sobre cosas eclesiásticas: la segunda establece esta forma de enajenamiento como general, y las dos convienen en que puede hacerse para siempre ó para tiempo limitado. El perpétuo es por su naturaleza irredimible: la ley añade *é despues desto non se puede desatar pagando cada año el que tiene la cosa aquello á que se obligó.*

En su constitucion ha de intervenir escritura bajo pena de nulidad. *E débese facer por carta de escribano público ó del señor que lo dá.... E este pleito debe ser fecho con placer de ambas las partes é por escrito, ca de otra guisa non valdria. En cuya virtud otra ley*, la 59, tít. XVIII, Part. III especifica las cláusulas propias de este documento.

Los autores han supuesto que la escritura no es requisito indispensable para que tenga fuerza la obligacion; aunque seria necesaria para su cumplimiento. Avendaño es de dictámen que si bien la enfitéusis requiere la escritura, podria no obstante subsistir sin ella *ex sola consuetudine solvendi*, y entonces se llamaria presuntiva. Como no se trata de la prueba sino de una formalidad precisa de la enfitéusis, no podriamos, por seguir esta opinion, desatender la ley que exige la escritura de una manera decidida.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 10 de Diciembre de 1858: Que para la constitucion de los censos enfitéuticos es requisito esencial el otorgamiento de escritura pública: que en defecto de la tal escritura por haber desaparecido, está obligado el dueño directo á probar la identidad del predio ó predios censidos ...

Por otra de 10 de Noviembre de 1860: Que si bien, conforme á las leyes de Partida, el contrato enfitéutico ha de formalizarse en escritura pública, ninguna ley se opone á que se pruebe su existencia por la posesion inmemorial, que segun las leyes y la doctrina legal equivale á título.

Por otra de 9 de Marzo de 1861: Que puede probarse la existencia de los censos perpétuos y del enfitéusis sin escritura pública, aunque para su constitucion es necesario otorgarla, segun las leyes 3.ª, tít. XIV, Part. I y XXVIII, tít. VIII de la 5.ª....

Como la enfitéusis no tiene un titulo especial, pues solo mereció al autor de las Partidas dós leyes en el título de arrendamientos, y como por otra parte buscamos mas que los accidentes de una convencion, los efectos de un derecho ya constituido, se nos permitirá que sigamos un método arbitrario.

§ II.

Efectos jurídicos del censo enfitéutico.

Artículo 1.°

Derechos y deberes del enfiteuta.

Derechos. 1.° El enfiteuta adquiere el dominio útil de la cosa censida. Para que este efecto, el primero y el mas natural, se verifique, han de concurrir varias condiciones en la cosa: desde luego ha de ser raiz, á tal punto, añade el comentador, que si se hubiese dado un olivar en enfitéusis, ha de entenderse que lo que se da es la tierra plantada y no los árboles; si se hubiese convenido en enfeudar los árboles y no la

tierra, solo subsistirá en cuanto los árboles están identificados con el fundo: *propter inmobilem radicem;* por lo cual si habiéndose secado los antiguos, retoñasen otros nuevos, duraria la enfitéusis: *quia non est mortua radix productiva, imo vivit in plantatione* (glosa 1.ª).

La cosa debe ser inculta en el momento de constituirse el censo, pero no estéril ni infructífera. La razon es obvia, si el señor diese una cosa inmueble, estéril é infructífera, reservándose cierta pension ánua, se enriqueceria con perjuicio de otro; la igualdad tan recomendable en la justicia conmutativa, no consiente que el dueño cobre pension de una cosa que no produce frutos. Luego cuando se dice que la enfitéusis se establece sobre cosas incultas y con el único fin de atender á su cultivo, *non est intelligendum de sterilibus de sui natura sed de incultis et sterilibus tempore concessionis* (AVENDAÑO, cap. LIII, núm. 1.º).

Infiérese tambien de lo espuesto, que aunque los derechos no sean, hablando con propiedad, cosas inmuebles, pueden ser objeto de enfitéusis por su adherencia al suelo sobre que recaen. El referido autor cree que podria constituirse sobre el derecho de pasto, de pesca y otros *(Cap. LII).*

En el cap. LVI examina si los peces que están en un lago *(quasi naturaliter)* para que multipliquen y crezcan, pueden ser tenidos en concepto de cosas inmuebles y servir de objeto para la enfitéusis, contesta: *quod super his piscibus et jure piscandi, tanquam solo cohærente inseparabiliter census legitime consisteret;* aunque no sucederia lo mismo si los peces se hubiesen puesto alli por adorno ó por placer del dueño (23).

En los siguientes números va examinando las demás cosas que siendo por su naturaleza muebles, son contadas entre las inmuebles por destino ó por el uso.

Quizás hay mas ingenio que solidez en alguna de sus conclusiones. Pruébalo el ejemplo anterior. No concebimos cómo los peces de un rio ó de un estanque puedan ser materia de censo: lo que todos los dias estamos viendo es que se puede conceder el usufructo ó el arriendo de un rio.

Tampoco debe ser materia de controversia si lo que se tras-

fiere en la enfitéusis es ó no el dominio útil. Hay quienes lo han puesto en duda, apoyándose en algun texto del Derecho Romano, ese magnífico arsenal que prestaria armas para sostener las mas difíciles cuestiones. Pero todos los supuestos acreditan esa traslacion: el enfiteuta sufre los daños manifiestos ó latentes por igual razon que le corresponden las mejoras; como quiera que se hayan obtenido está obligado á satisfacer las cargas que provengan de la cosa y con ocasion de la cosa *(Véase* AVENDAÑO, *cap. XI, núm. 10)*.

2.° *Disponer de la finca.*—Ley 29, título y Partida citados.—[1] *Enagenar é vender puede la cosa aquel que la rescibió á censo. Pero ante que la venda, débelo facer saber al señor, como la quiere vender, é cuanto es lo quel dan por ella. E si el señor le quisiere dar tanto por ella, como el otro, estonce la debe vender ante á él que á otro.* [2] *Mas si el señor dijese que le non queria dar tanto, ó lo callase fasta dos meses, que le non dijese si lo quiere facer, ó non; dende adelante puédela vender á quien quisiere: é non le puede embargar aquel que gela dió á censo, que lo non faga.* [3] *Pero débela vender á tal ome de quien pueda el señor aver el censo tan ligero como dél mismo.* [4] *Otrosi decimos, que este que tiene la cosa á censo, que la puede empeñar á tal ome como sobredicho es, sin sabiduria del señor. E estonce, cuando la enagena, tenudo es el señor de la cosa de rescebir en ella á aquel ã quien la vende, faciéndole carta de nuevo.* [5] *E por tal otorgamiento ó renovamiento del pleito, non le debe tomar mas de la cinquentena parte de aquello porque fué vendida; ó de la estimacion que podria valer si la diesse.* [6] *Mas á otras personas de que non podiesse aver tan ligeramente el censo, non la puede vender ni empeñar, assi como á órden, á otro ome mas poderoso que él; que estonce non valdria, é perderia por ende el derecho que avia en ella.*

Es de ley que el enfiteuta puede enajenar la finca sin mas obligacion que la de ponerlo en conocimiento del señor directo, por si le conviniere usar del derecho de tanteo, y la de que la venda á persona de quien pueda este cobrar con igual facilidad el censo. Puédela tambien empeñar, aunque sea sin co-

nocimiento del dueño, á persona de las circunstancias que se dicen en la cláusula anterior.

Lo mismo que esta ley habia dispuesto la 3.ª, tit. LXVI, lib. IV del Código, en el supuesto de que no existiera pacto en contrario.

Avendaño afirma que el enfiteuta no puede dar en pago á los acreedores la cosa enfitéutica, porque no teniendo el dominio directo, ni aun se comprende entre sus bienes *(núm. 10, cap. CX)*. En el cap. LIV examina la cuestion de si el enfiteuta podrá subinfeudar la finca dada en censo. Algunos han creido que no, fundados en que la cosa no debe estar sometida á dos cargas, y que su dominio no puede pertenecer á muchos *in solidum;* pero él sostiene lo contrario, porque el censuario es verdadero dueño de la cosa censida, por lo cual puede libremente conceder á otro la cosa ó fundo, salvo el derecho del señor directo á cobrar la pension de los frutos de la cosa censual, sea cualquiera el poseedor á quien se haya trasferido. Ni necesita para esto licencia del dueño, puesto que en el censo no se admite condicion de no enajenar: *quia si vere dominus ejus rei censualis est, alienatio sibi denegari non potest ex vulgata juris regula, quæ præbet dominis eam licentiam* (núm. 2.º).

La notificacion al dueño es un acto de deferencia que le asegura sus derechos en todas las trasmisiones. Con tal motivo pregunta el comentador si se necesitará de aquel requisito en la permuta: contesta que no, porque no podria adquirir de él la finca que otro le ha de dar en el cambio; pero despues de verificada, tendria que avisárselo; *ut illum investiat, et in possesionem inducat recipiatque laudemium* (glosa 3.ª).

Tambien examina si podrá darla en arrendamiento sin noticia del dueño: algunos autores han sido de opinion que si bien le es permitido al enfiteuta vender el placer ó la comodidad del usufructo, no el constituir por un arrendamiento largo, lo cual seria una especie de enajenacion. Baldo, sin embargo, declara que puede hacer á otro usufructuario en la cosa enfitéutica; y la razon es, porque no por esto trasfiere su dominio ni sus mejoras *(quia ex hoc non trasfert utile dominium nec*

sua melioramenta). Muchos hay del mismo dictámen, entre los cuales se cuenta Solís *(Cap. IV, núm. 16, lib. II).*

Sería tambien válida la venta sin temor de la caducidad, si se hubiese verificado dejando á salvo los derechos del dueño ó con la cláusula de en cuanto valiese en derecho. Tampoco incurriria en aquella pena si hubiese vendido la finca ignorando su cualidad enfitéutica, ó si la venta fué declarada nula.

Puede asimismo imponer sobre ella servidumbre en los términos prescriptos por el art. 118 de la ley Hipotecaria.

3.° *Derecho de tanteo y retracto.*—La ley 12, tít. XV, libro X, Nov. Rec., regla 11, *declara que no solo al dueño directo compete el derecho de tanteo dentro de dos meses de que se le requiere por el útil, sino que tambien á este en calidad de comunero le pertenece expresamente igual derecho, cuando el dueño venda su dominio directo, estando igualmente obligado á requerir al útil para que dentro de dos meses use, si quiere, de este derecho.*

Segun hemos visto la misma es la doctrina que se deduce de la ley 8.ª, tít. XIII, en cuanto al retracto, bajo el supuesto por todos admitido de la utilidad que produce la consolidacion del dominio.

Puede finalmente dirigirse por accion real contra cualquier poseedor, como se infiere de la ley 1.ª, tít. III, lib. VI del Dig., que concede este recurso á los que hubieren recibido del municipio un arrendamiento largo: *quamvis non efficiantur domini.*

Deberes.—El enfiteuta tiene en compensacion de estos derechos varios deberes: unos son esenciales, v. gr., el pago del censo y el requerimiento en caso de enajenacion de la finca, ya se haga judicial ó extrajudicialmente: otros provienen de la voluntad de los contrayentes, pues la ley 28 citada, dice: *deben ser guardadas todas las conveniencias que fueren escritas ó puestas en él.*

No analizamos aquí todas las condiciones de que es susceptible el censo, aunque el exámen de otras leyes nos hará ver que solo son posibles las lícitas, las que no se oponen á la naturaleza de este derecho.

ARTICULO 2.°

Derechos y deberes del señor directo.

DERECHOS. 1.° *Retener el dominio directo.*—Mediante él compete al censualista la facultad de exigir que el enfiteuta tenga cuidada la casa ó cultivado el campo, á fin de que sus utilidades no desciendan, sino que por el contrario vayan en aumento. El interés que conserva en la finca, le autoriza para hacer las gestiones que estime convenientes en tanto que no perjudique al dominio útil del censatario (AVENDAÑO, *capitulo XI, núms.* 11 *y* 12).

2.° *Percibir la pension.*—Dos circunstancias son de notar en este punto: 1.ª la forma de pago: 2.ª el tipo ó límite señalado por la ley. Febrero dice: los réditos del censo enfitéutico deben pagarse en dinero, y no en otra especie; en la Córte está impuesto por lo general á dinero y gallinas en esta forma. Cada solar que tiene 50 piés de fachada y 100 de fondo y cuyo sitio ó área plana multiplicados unos por otros componen 5,000 piés cuadrados ó superficiales, está dado á censo por 2 ducados y 2 gallinas de renta anual, y reguladas éstas á 4 rs, asciende todo á 30 rs. que se pagan anualmente de réditos. Algunos están impuestos en otros términos. Claro es que ha de ser asi, pues segun el derecho de Partidas no es necesario que el cánon ó pension del enfitéusis consista en dinero, sino que tambien puede consistir en frutos ó cosa cierta.

El tipo lo encontramos declarado en las leyes que señalan el precio de dichos censos. El Sr. D. Cárlos III, por auto acordado del Consejo de 5 de Abril de 1770 prohibió que en lo sucesivo se pudiese constituir censo perpétuo que no sea con doble capital que el redimible *(Ley 12, cap. VIII)*. Y el mismo tipo se encuentra adoptado en las leyes 22 y 24 que contienen reglamentos para la redencion de censos perpétuos y al quitar y otras cargas enfitéuticas. En cuanto á los censos al quitar D. Felipe V, por pragmática de 1705 ordenó que de entonces en adelante no se pudiera imponer ni constituir cen-

so al quitar por menos precio que de 33,000 y ⅓ el millar (*Ley* 8.ª); de modo que por esta regla, el precio en los irredimibles debe ser á razon de un 66 y ⅔ al millar. Como las antiguas imposiciones usan este lenguaje que era el que empleaban las leyes; y como por esperiencia sabemos el trabajo que á los no muy versados suele costar el entenderle, se nos perdonará que digamos cuatro palabras á fin de hacerle un poco mas accesible.

Infiérese de lo espuesto que para pactarse el cánon v. gr. de 3 por 100 al año, ha de importar el capital ó valer la finca 200 rs. que es producir 1 y ½ por 100 supuesta la base de que los censos redimibles reditúan 3 por 100: y asi es que si esta cambiase, si subieran ó bajaran los réditos censuables á mas ó menos de 33 y ⅓ al millar, se buscaria siempre el duplo de esa cantidad que en el estado de hoy equivale á 66 y ⅔ el millar. Al efecto conviene advertir que siempre que hablando de censos se dice tantos 1,000 al millar, ó tantos el millar, esta locucion aunque al parecer diferente, no lo es en realidad; por ejemplo: 20,000 al millar quiere decir que de cada 20,000 rs. ó maravedises de capital, se paguen 1,000 anuales, y 20 al millar significa que los réditos de veinte años, importan lo mismo que el principal. Ahora bien: 20 ó 20,000 al millar equivale á 5 por 100, pues 5 veces 20 son 100: 33 y ⅓ al millar, 3 por 100 de réditos, porque 3 veces 33 y ⅓ hacen 100. Y asi sucesivamente: 66 y ⅔ es 1 ½ por 100, que multiplicados por 66 y ⅔ importan 100: 25,000 al millar son 4 por 100, pues 4 multiplicado por 25 suman 100: 14 al millar será 7 y ⅐ por 100, y 30 al millar 3 y ⅓ por 100.

Algunos suponen que la pension censual limitada á ejemplo de lo que sucedia en el rédito de los préstamos, quedó abolida por la ley de 14 de Marzo de 1856 que suprimió la tasa del dueño. Pero hay tan poca analogia entre las cargas y los resultados de un contrato y otro que difícilmente pueden regirse por una regla comun.

3.° De la pena de comiso.—*E si por aventura alguno toviese á enfitéusis cosa que perteneciese á la Eglesia, é estoviese por*

dos años ó poco tiempo mas, que non pagase lo que prometió de dar cada año, puédegelo quitar el Perlado, á quien pertenesce la cura de las cosas de la Eglesia, sin otro juicio. E si acaesciese contienda sobre esto por poco tiempo de mas de dos años debe ser librado por el alvedrio del juez del logar (Ley 3.ª, tít. XIV, Part. I).....*E aun decimos que si la cosa que es dada á censo es de Eglesia ó de Orden, si aquel que la toviese retuvo la renta ó el censo por dos años què lo non diese, ó por tres años si fuese de ome lego que non fuese de Orden, que dende en adelante los señores de ella, sin mandado del juez, la pueden tomar* (Ley 28, tít. VIII, Part. V).

Es de ley que la cosa censida puede caer en comiso cuando el enfiteuta deja de pagar las pensiones por tres años si la enfitéusis es laical, y por dos si fuere eclesiástica; pero tambien lo es que si aconteciese contienda por poco mas de dos años, debe someterse á la decision judicial, y que los señores pueden por si y ante si apoderarse de la cosa; ¿se verifica así en la práctica? ¿Qué dicen acerca de esta pena los autores?

Es ímproba, pero no imposible tarea reducir á sencillos términos una materia que les ha ocupado largas páginas. Casi es unánime la opinion de que no se necesita sentencia para que concluya el censo, pues la caducidad por obra del tiempo es condicion tácita del contrato celebrado desde luego con esa cláusula resolutoria: *Etiam nulla secuta sententia sed ipso jure, propter tacitam conditionem ejus contractus, qui sub ea resolutione contrahitur* (AVENDAÑO, cap. XCI, núm. 1). Pero la práctica ha templado el rigor de la ley; sin embargo de la facultad que confiere al señor del dominio directo, para apoderarse de la finca por falta de pago, ninguno lo hace ni debe hacer mientras no proceda declaracion de haber caido en comiso, segun se observa en todos los tribunales del Reino; y aun el comiso, como pena desproporcionada á la morosidad de la paga de la pension, se tiene por injusto, y por lo mismo no está en uso (FEBRERO, *núm.* 3209).

Son muchos los casos en que por derecho no procede, y otros en que la equidad ingeniosa halla medios de suspender

ó declinar tal pena. El enfiteuta no incurre en ella cuando por ignorancia ú otra justa causa no satisfizo los réditos, ó cuando el señor le debia por otra razon igual cantidad, pues puede usar de la compensacion, ó cuando no los quiso recibir, ó cuando, no obstante haber pasado el término, los recibe. El enfiteuta se exime de ella utilizando el recurso de *purgar la mora*, con cuya frase, puramente jurídica, se da á entender que puede purgar su tardanza verificando el pago dentro de diez dias contados desde el vencimiento (ESCRICHE).

¿Y quedaria anulada la pena por pacto contrario? Trata de esta cuestion Solis; pero con el lujo de citas y referencias que tantas veces envuelve y desfigura la opinion del autor. Que la cosa no caiga en comiso antes del tiempo prefijado por la ley, no es materia opinable: semejante condicion, aunque se afirmase con juramento, seria nula, como contraria á la índole del censo. Que pasen los dos años sin que el censatario moroso incurra en dicha pena, ya se comprende mejor, porque el censualista puede, si gusta, renunciar á su derecho.

4.° Derecho de tanteo.—*E si el señor le quisiere dar tanto por ella como el otro, estonce la debe vender ante á él que á otro.* El enfitéusis no puede evitar los inconvenientes que lleva consigo toda division del dominio: la ley de Partida, copiando la última del lib. IV, tít. LXVI, que estableció ya el tanteo, tiende á disminuir esos inconvenientes. Por eso este derecho es recíproco; por eso en otro lugar hemos sostenido que no es incompatible con el de retracto. Avendaño afirma que correspondiendo al censualista el dominio directo, que es el mas potente, le compete, como es natural, la facultad de retraer el útil cuando el enfiteuta le venda, y esto aun con preferencia del consanguíneo. Y no se detiene aquí, sino que esforzando el argumento avanza hasta una consecuencia dudosa, si es que no incierta: este retracto, dice, lo mismo que el de condueños, tiene lugar, no solo cuando se vende el suelo ú otra cosa tenida por inmueble, sino cuando se vende una cosa mueble ó cualquier otro derecho, *sed et si mobilis seu quodlibet aliud jus distractum sit*, y generalmente en todas

las cosas de cualquiera cantidad y calidad, como consta de la ley 55, tít. V, Part. V, que dice *alguna cosa*, palabra genérica que comprende lo mismo las cosas muebles que las inmuebles.

En el mismo sentido de tanteo usan á veces los autores la palabra fadiga. El Sr. Viso cree sin embargo que hay diferencia: fadiga era el derecho que se pagaba por el permiso que daba el señor para enajenar la cosa dada en enfitéusis; el tanteo ha consistido siempre en un simple derecho de preferencia sobre cualquier otro comprador.

Segun el Diccionario de la lengua, en Aragon significa el derecho que se paga al señor del dominio directo, siempre que se enajena una cosa dada en enfitéusis; en Valencia es el derecho que tiene el señor del dominio directo, siempre que se enajena la cosa dada en enfitéusis para quedarse con ella por el tanto que ofrezca el comprador. En el derecho general se llama tanteo.

5.° *Laudemio ó luismo*.—Recibe este nombre aquella parte del precio, sea la decena, veintena ó cincuentena que cobra el señor directo del valor de las enajenaciones de una cosa censida.

La ley romana, que dió la idea y debiera haber sido la regla del censo, no permitia cobrar mas que la cincuentena. Hizo espresa declaracion para precaver los abusos á que podrian entregarse los dueños tentados de la codicia: *et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, non amplius eis liceat pro suscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem prætii vel æstimationis loci qui ad aliam personam transfertur, accipere.* Pero este precio legal tuvo alteracion por la costumbre. En censos de alguna antigüedad, lo regular es que se haya convenido y pagado mayor laudemio, la trigésima, la vigésima y aun la décima parte de la cosa. Prevaleció esta costumbre unas veces por fuero, como acontece en Valencia, donde segun Viso, debia abonarse la décima parte del precio de la finca; otras por recurso, pues cuando los enfiteutas eran manos muertas, pagaban el quindenio, es decir, un luismo cada quince años.

como si se realizara su enajenacion. De este modo continuaron las cosas, hasta que por el referido auto acordado del Consejo del 1770, se dictaron las convenientes reglas sobre el pago de laudemios; la 1.ª dice: *que en las ventas sucesivas de las casas de Madrid sujetas á censo perpétuo, y en las que se establezcan de nuevo sobre solares ó áreas yermas, solo se pague por razon de licencia y otorgamiento al dueño directo con arreglo á la ley de Partida una cincuentena parte del precio de la la cosa que se vende, la cual corresponde á un dos por ciento, sin que puedan sacarse como hasta aqui se ha practicado dos laudemios, uno para entregarlo al señor del directo dominio, y otro para que quede en poder del comprador para cuando llegue el caso de venderse á otro, respecto á que en cada venta debe sacarse el laudemio que se causa.*

2.ª *La cincuentena referida ha de ser, no solo del valor líquido del solar en que esté construida la casa, sino de lo edificado en ella.....*

Sobre la justicia de este impuesto existen contrarios pareceres. El Pavorde Sala, bien que con relacion á Valencia donde el luismo era mayor, se subleva contra este gravámen. Vamos á trascribir aqui sus palabras, porque las hemos oido aplicar al laudemio que se paga en Castilla. «Sucede, dice, con frecuencia, que un pedazo de tierra que cuando se concedió en enfitéusis solo valia, por ejemplo, diez pesos á causa de estar inculto, en montaña y entre peñascos, ó era marjal cubierta casi de continuo de agua, vale doscientos ó mas cuando se enajena, debido enteramente este aumento á los sudores del enfiteuta y sus hijos, sin la menos influencia ni gasto del dueño directo que sin embargo cobra el luismo de estos pobres é inocentes sudores. Y sucede tambien con mucha frecuencia, que estas tierras se venden dos ó mas veces en 15 ó 20 años, con la misma carga de haberse de pagar siempre este derecho. En cuanto á casa, es todavia mayor la enormidad; pues valiendo á las veces el solar desnudo cuando se concede 15 ó 20 pesos, vale 2,000 la casa que en él se edifica» *(núm. 6, tit. XIV, lib. II)*.

¡Qué diferencia! En 1829 un Cancelario de la Universidad de Cervera, publicaba un opúsculo titulado: *Conciliacion económica y legal de pareceres opuestos en cuanto á laudemios y derechos enfitéuticos*, dedicado á probar que su regulacion deberia reservarse completamente á la voluntad de las partes. La razon histórica, y un principio de justicia, dice, abogan porque se conserve esta utilidad al propietario, sin lo cual en vano es esperar que se desprenda de terrenos que solo han de servir para enriquecer á otros; en vano es esperar por medio de la enfitéusis y pobladores de tierras baldías, el adelantamiento de la agricultura. Su opinion es que en la enfitéusis, todo, incluso el laudemio, sea á contentamiento de las partes interesadas, libre y sin sujecion á tasa alguna. No cree que por derecho de Castilla se halle tasado el laudemio en una quincuagésima parte del precio, y que la tasacion coarte la libre facultad de los contrayentes. El derecho natural, segun él, resiste semejante interpretacion, y el escrito no la confirma. Las alteraciones que ha tenido el laudemio, demuestran que no ha habido otra regla que la voluntad de los particulares, lo cual ha sido conforme con el precepto de los dos grandes códigos fundamentales; el de Justiniano y el de D. Alonso el Sábio. De tal modo le parece concluyente el resultado de sus leyes, que proponiéndose formar un proyecto de decreto, establece como primera base que en adelante renovándose la observancia de la ley 28, tít. VIII, Part. V, sea libre el uso del contrato enfitéutico con los pactos que acomoden á los contrayentes, sin sujecion á tasa alguna en cuanto á laudemios, ni á otro derecho de él, cumpliéndose exactamente por los jueces lo que las partes hubieren contratado (*Número* 114).

Nuestra opinion es bien sencilla: encontramos justificado el pago del laudemio, por ser la única retribucion para el dueño: quitesele, y su dominio directo queda reducido á un título de pura ostentacion; pues el cánon es mas bien que un rédito una señal en reconocimiento de su derecho, y tampoco sirve alegar que la cosa carecia de valor, porque si al consti-

tuirse el censo era inculta, no era estéril: bastaba el trabajo para hacerla fructífera.

El laudemio ha de ser moderado: el diezmo nos pareceria exorbitante, porque las enajenaciones á poco que se repitiesen absorberian el valor de la finca sin provecho del que ha empleado sudores y sacrificios para mejorarla. La enfitéusis se ha resentido de la influencia del feudo, de manera que bajo cierto aspecto parece una institucion análoga; reconocemos que aquella como cualquiera otra cantidad seria espontáneamente convenida, pero los tributos feudales tambien lo fueron: ignoramos lo que resultaria poniéndonos á investigar el origen de algunas prestaciones. La cincuentena parte es tipo bastante arreglado: la ley le confirma empleando un correctivo contra la codicia.

Corresponde á la ley hacer esa regulacion. Convenimos en que seria lo mismo dejarla al arbitrio de los particulares, pero este medio no ofreceria ventaja; tenemos un dato para afirmarlo: la ley señaló el dos, porque los particulares cobraban el veinte; lo uno será poco beneficioso para el dueño, lo otro es inicuo para el enfiteuta.

Las convenciones individuales que la ley respeta son de otra índole. La 12, tít. XV, lib. X de la Nov. Rec., aunque limitada en sus términos á las ventas de casas de Madrid, es general por su disposicion. La ley 23 del mismo título autoriza los pactos particulares en las imposiciones de dinero á censo redimible, pero es «así en cuanto á los plazos en que haya de hacerse la reduccion del capital, como en las especies de moneda de pago de este y su interés» *(Cap. II)*; hallándose prevenido por circular de 7 de Abril, consiguiente á consulta resuelta del Consejo de 21 de Marzo de 1800, declaratoria de la real cédula de 7 de Julio de 99: que en los contratos de arrendamiento, compras y ventas, y cualesquiera otras obligaciones, se observe religiosamente lo capitulado y convenido por las partes, haciendo los pagos en la especie de moneda que se hubiese ofrecido; y que esta regla se observe en los contratos que se celebren en lo sucesivo *(Nota 9.ª)*.

Concluiremos advirtiendo que no se adeuda el laudemio

cuando pasa la cosa enfitéutica por derecho de sucesion á los herederos forzosos; en la division de la cosa enfitéutica poseida en comun: cuando se rescide la venta antes de la entrega; cuando el enfitéusis se confiere en dote á la hija; cuando el dueño directo usa del derecho de retracto.

Deberes del señor directo.—Están reducidos á dejar libre y espedito el uso y aprovechamiento de la cosa sin ponerle embarazo alguno; salir á la eviccion é indemnizarle los daños que se le causaren si se perdiese el pleito; entregar los títulos; registrar la escritura de imposicion, etc.

§ III.

Modos de estinguirse el censo enfitéutico.

La consolidacion de los dominios directo y útil, ó la pérdida de la cosa, son las causas únicas para la estincion de este censo.

La primera se verifica por diferentes medios: el comiso, la renuncia, la conclusion del tiempo y la redencion.

El comiso es poco frecuente, pues aun en los casos en que procede, la equidad no le autoriza la dureza de esta pena. La renuncia puede tener lugar abandonando censualista ó censatario, uno en favor de otro, el derecho de que dispone. La conclusion del tiempo se efectua en los que le tienen señalado, pues aun cuando el censo por su naturaleza sea perpétuo, la ley no prohibe fijar término para su duracion, siempre que no baje de diez años; ó que si les pareciere mejor convengan los interesados en imponerlo por una ó mas generaciones ó vidas.

La redencion.—De distinto modo han apreciado los autores este modo de estinguirse el censo: unos considerando la perpetuidad como requisito inseparable del enfitéutico, niegan que sea redimible; otros le comprenden en la regla general, sosteniendo que todos son redimibles. Parece que puede seguirse una opinion media: desde luego hay que observar que no es lo mismo decir que un censo sea perpétuo, y que sea

irredimible: puede haberse constituido un censo sin fijar término, lo cual constituye su perpetuidad, y haberse reservado el derecho de redimirle. Este derecho se habia concedido á los censuarios por la ley, pues la real cédula de 17 de Enero de 1805, que es la ley 24, tít. XV, lib. X, Nov. Rec., dispone entre otras cosas, que todo poseedor de fincas puede redimir, no solo los censos al quitar con que se hallen gravadas, sino tambien los perpétuos ó irredimibles, las pensiones ó cargas procedentes de contratos enfitéuticos y las cargas de aniversario, misa, capellanía, festividad, limosna, dote y demás de su clase. Siguióse á esta disposicion la real cédula de 3 de Agosto de 1818 que deja en libertad tanto á las corporaciones como á las personas particulares para celebrar sus contratos censuales, poniendo en ellos las cláusulas y condiciones que tengan á bien con derecho para exigir su cumplimiento. Y como la cláusula de no redencion nada tiene de inmoral, los prácticos toman de aquí motivo para sostener que hay censos redimibles y otros que no pueden serlo. Hablemos de los primeros: luego dirémos lo que dispone la ley en cuanto á los segundos.

Censos redimibles.—El modo de verificar su redencion es el siguiente: Lo primero es atender á las cláusulas de su constitucion, cumpliendo cuanto en ellas se haya estipulado acerca del valor del capital, y lo que le corresponde percibir al dueño por sus derechos dominicales.

A falta de pacto espreso se seguirán las reglas que contiene el auto acordado del Consejo de 5 de Abril de 1770 *(ley 12)*, para la redencion de los censos perpétuos en las casas de Madrid, de las cuales las mas importantes son las siguientes: 1.ª *En las ventas sucesivas de casas de Madrid, etc., solo se pague por razon de licencia y otorgamiento al dueño directo .....una cincuentena parte de la cosa que se vende, ó sea el dos por ciento.* 4.ª *El enfiteuta podrá redimir el cánon ó censo perpétuo, entregando un duplicado capital á razon de treinta y tres, y un tercio al millar, regulándose por el rédito ó cánon que se paga anualmente por razon del censo perpétuo.* 5.ª *Para*

igualar la condicion del dueño directo en esta parte, se declara quedar en su arbitrio obligar al enfiteuta igualmente, aunque este no lo solicite á que redima ó cargue á censo redimible, segun el útil crea mas conveniente, el capital del censo perpétuo. 6.ª Se declara que con lo dispuesto en dichos artículos queda integramente subsanado en una y otra parte todo el derecho del dominio directo, y en todos estos casos se constituirá redimible el censo en cualquier caso que el dueño del útil quiera libertar su casa de la gravosa carga del censo perpétuo. 7.ª Cuando se venda una cosa gravada con enfitéusis se rebajará á razon de un sesenta y seis y dos tercios el millar, por capital correspondiente al cánon á que está sujeta, mediante el notorio agravio que padece el comprador en que solo se rebaje, como hasta aquí se ha ejecutado, un treinta al millar, que aun no es capital correspondiente á un censo redimible. 12. Las liquidaciones de la cosa enfitéutica que se venda, se harán con arreglo á las prevenciones siguientes. 13. La cincuentena ha de ser no solo del valor líquido del solar ó área superficial en que esté construida la casa, sino de lo edificado en ella. 14. A la carga de policía del alumbrado se regulará su capital al tres por ciento, interin dure la real Pragmática de 1705, y de su importe tampoco se sacará cincuentena, y este capital variará siempre que los censos se pongan al menor rédito por nueva Pragmática, arreglándose la liquidacion al fuero de réditos que corra al tiempo de hacerse la venta. 15. El capital de la carga de aposento se ha de bajar en las liquidaciones de cargas conforme á la cuota con que ahora se redime en consecuencia de los reales decretos de 3 de Julio de 1760, *y* 3 *de Setiembre de* 1761 (nota 1.ª, tit. XV, lib. III), *ó segun en adelante corrieren estas redenciones (El capital de esta carga se regula al respecto del cuatro por ciento, nota* 6.ª, *tit. XV, lib. III, Nov. Rec.).*

Para la mejor inteligencia de estas reglas pondremos un ejemplo. Se ha de principiar tasando la finca, cuya operacion, si ambos dominios fuesen de libre pertenencia, puede hacerse extrajudicialmente. No siéndolo, ó si alguno de los interesados no está dispuesto á verificar la redencion, acude el que la

intenta ante el juzgado ordinario competente, exhibiendo los títulos de su dominio, nombrando perito para tasar la finca y pidiendo se mande al otro dueño exhiba los suyos y elija perito, si no se conforma con el mismo: averiguado el valor por declaraciones de estos, ó por la del tercero que elegirá de oficio el juez, si hubiere discordia, se confirma la operacion del modo siguiente: Se rebaja de dicho valor el duplo capital de la pension ó renta anual, á razon de 66 rs. y $\frac{2}{3}$ por cada real que se paga anualmente, ó lo que es lo mismo, á 33 y $\frac{1}{3}$ duplicando esta cantidad: luego se saca el capital á 25 el millar de la carga real de hospedaje de córte: y el de 96 reales ánuos con que cada casa contribuye para el alumbrado público de las calles y para serenos, al respecto de 33 y $\frac{1}{3}$ el millar: hechas estas bajas se saca de lo que queda el valor de 3 cincuentenas, ó sea 6 por 100 á razon de 2 por 100 cada una: no sacando primero una, y del resto la otra, pues las tres han de ser iguales: el importe de las 3 cincuentenas se une con el del duplo capital, y lo que ambas partidas suman, es el total para la redencion.

Demostracion.—Supongamos que una casa se tasa en 120,000 rs., y tiene censo perpétuo de un ducado y una gallina de cánon ó renta anual, derechos de tanteo laudemio, carga real de 66 rs. ánuos, y los 96 de farol y sereno. Bajo tal supuesto se hace la liquidacion en esta forma: El valor de la casa es de 120,000 rs.=Bajas.=Primeramente se bajan 1,000 rs. á que asciende el duplo capital de los 15 rs. ánuos de censo, regulada la gallina en 4 rs. al respecto de 66 y $\frac{2}{3}$ al millar, ó lo que es igual, al respecto de 33 y $\frac{1}{3}$ que importa 500 reales cuya cantidad duplicada hace aquella suma. Id. 1,650 rs. á que asciende á 25 el millar el principal de 66 rs. anuales que tiene la casa de carga real de aposento. Y 3,200 rs. que á 33 y $\frac{1}{3}$ el millar, suma el capital de 96 rs. con que cada año se contribuye para el alumbrado público y sereno. Dichas partidas componen 5,850, que deducidos de los 120,000, valor total de la casa, quedan líquidos para sacar las cincuentenas 114,150. Las tres cincuentenas, que son 6 por 100 de

esta cantidad, ascienden á 6,849, y uniendo á esta partida los 1,000 rs. del duplo capital, es el total para la redencion 7,849.

Como las referidas cargas pueden haber sido, y de hecho están algunas redimidas, se pregunta ¿si se bajará su capital en la liquidacion del censo perpétuo? Febrero y algunos otros fueron de opinion que debia bajarse como si existiese: el dueño útil hizo la redencion con su caudal privativo, y dicen que tales cargas se establecieron sobre la casa y su solar, y no sobre aquella sola, pero lo regular es que no se deduzca el capital de dichas cargas cuando ya han sido redimidas porque esto debe considerarse mejora hecha en la casa.

Si la casa se hallare situada en otro punto de España habria que verificarla con arreglo á la ley 24 de dicho título por no ser aplicable el auto acordado del Consejo. Esta dice en su cap. VIII: *A falta de convenios particulares y de práctica constante, se procederá á la redencion, consignando por el cánon un capital, regulado á razon de uno y medio por ciento, ó sesenta y seis y dos tercios al millar y por derecho de laudemio, en que van considerados todos los dominicales, la cantidad que en el espacio de veinte y cinco años sea capaz de redituar al tres por ciento otra igual al importe de una cincuentena del valor de la finca, rebajadas las cargas á que está sujeta ó lo que es lo mismo, dos y dos tercios por ciento de su precio líquido.*

Demostracion.—Supongamos que la casa vale 60,000 reales: tiene de pension 50 rs.: el duplo capital de la misma á razon de 66 y ⅔ el millar, importa 3,333 y ⅓; rebajada esta cantidad y la de 3,000 rs. por cargas municipales, quedan líquidos 53,666 rs.: la cincuentena ó el 2 por 100 es 1,073 y ⅓: el capital de esta cantidad en veinte y cinco años al 3 por 100 al año 1,431 rs. y ¼. Si pues con arreglo á la ley el precio de la reduccion es el duplo capital de la pension unido con el capital que produzca en veinte y cinco años una cincuentena del valor líquido de la finca, el precio en el caso propuesto será de 4,764 rs. ⅔.

La redencion del censo puede ser de un modo intentada

por el señor útil y de otro si la solicita el señor directo. Con arreglo á los capítulos IV y V del auto acordado se ha ejecutoriado por el Consejo que al dueño útil de la finca, solo puede compelérsele á redimir el cánon ó renta anual entregando su duplo capital ó dejándolo á censo redimible. El señor directo no puede reservarse arbitrio alguno segun el cap. IX de la ley 24, que previene respecto á las redenciones de censos enfitéuticos que en ningun caso podrá hacerse la del cánon, sin ejecutarla al propio tiempo de los demás derechos del dominio directo.

Censos no redimibles.—Dejando aparte la cuestion de si la cédula de 3 de Agosto de 1818 es derogatoria de la de 17 de Enero de 1805 que declaró redimibles toda especie de censos, cúmplenos reconocer que si no por su naturaleza, por la calidad de las personas, los ha habido verdaderamente irredimibles. Eran de este género las cargas de aniversarios, misas, capellanías y cualesquiera otros gravámenes y censos impuestos á su favor. Por razones de utilidad y con la correspondiente licencia aun estas cargas podian ser redimidas, sobre lo cual hay disposiciones espresas: la ley 22, la 24 en el capítulo X y otras. A mayor abundamiento las leyes de desamortizacion han hecho necesarias algunas resoluciones para llevar á cabo la redencion de los censos pertenecientes al Estado, bienes eclesiásticos, de propios etc.

Por Real decreto de 5 de Marzo de 1836 se declararon en estado de redencion los censos, imposiciones y cargas de los monasterios suprimidos, y por la ley de 31 de Marzo de 1837 todas las cargas ó rentas exigidas con título de foro, enfitéusis ó arrendamiento de fecha anterior al año 1800 que se pagaban á las comunidades estinguidas.

En 7 de Abril de 1848, puestos en venta los bienes de las encomiendas vacantes de las órdenes militares y los de ermitas, santuarios y cofradías, se concedió á los dueños de fincas gravadas con censos un plazo para pedir su redencion. En 1.° de Mayo del mismo año se pusieron en venta los censos pertenecientes á las encomiendas de la órden de San Juan, fijando reglas para su mejor ejecucion.

Devueltos al clero, en cumplimiento de los párrafos 4.° del art. 35, y 6.° del 38 del Concordato celebrado con la Santa Sede, las fincas y censos del clero secular y regular, monjas, encomiendas, maestrazgos, cofradías, ermitas, santuarios y hermandades que no habian sido enajenados por el Estado, se dieron reglas en 9 de Diciembre de 1851 para la enajenacion de los mismos.

La ley de 1.° de Mayo de 1855 ha puesto en estado de venta, sin perjuicio de las cargas y servidumbres á que legítimamente estén sujetos, los predios, censos y foros pertenecientes al Estado, al clero, á las órdenes militares, á cofradías, obras pias y santuarios, al secuestro del ex-infante don Cárlos, á los propios y comunes de los pueblos, á la beneficencia ó instruccion pública y cualesquiera otros pertenecientes á manos muertas, con las limitadas escepciones de la misma ley.

Se concede para la redencion un plazo de seis meses, y esta puede practicarse al contado, capitalizándolos al 10 por 100 si la pension no escedia de 60 rs. ánuos; si escedia, al 8 por 100 al contado, y al 5 en nueve años y diez plazos iguales. Si era la pension en frutos, se regularán por el precio medio que hubiese tenido la especie en el mercado durante el último decenio. Cuando la pension esceda del 5 por 100 se redimirá en la forma prescrita, al tipo reconocido en la imposicion; y si no estuviere reconocido, al que marca la ley *(Art. 7.°)*.

Trascurrido el plazo de la redencion sin realizarse, se venderán los censos en pública subasta, y el pago del laudemio en las enfitéusis será de cargo de los compradores *(Artículos 8.° y 10.°)*.

Si los censatarios se confesaban deudores de atrasos ó del capital, se les condonaban las pensiones vencidas en los últimos cinco años, por ser los censos desconocidos ó dudosos ó por otra cualquiera causa *(Art. 11)*.

Por real órden de 5 de Octubre de 1855 se acordó el perdon de los atrasos adeudados por los censatarios hasta 1.°

de Mayo de 1855, por censos cuyos réditos no se les reclamaron en los cinco últimos años anteriores, y los que, reclamados, no se pagaron por ser dudosa la existencia del capital ó de su descubierto, con tal que se confesasen deudores del uno ó de las otras, que deberian satisfacer desde la fecha de la ley hasta el dia de la redencion.

Y por otra real órden de 20 de Octubre de 1855 se previno la suspension de todo procedimiento contra los censatarios por los descubiertos en que respectivamente se encontraren, hasta la publicacion como ley del proyecto presentado á las Córtes sobre el particular.

Por real órden de 21 de Mayo de 1860 se mandó proceder desde luego á la venta de todos los censos de procedencia civil, con arreglo á la ley de 1.° de Mayo de 1855 y 11 de Marzo de 1859.

Por último, segun la ley de 7 de Abril de 1861, se ha mandado que los bienes de la Iglesia que el Estado tiene derecho á adquirir por efecto de la permutacion acordada en el convenio celebrado con la Santa Sede en 25 de Agosto de 1859, se continuarán enajenando de esta manera: las fincas rústicas y urbanas, con arreglo á las leyes de 1.° de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856; y los censos, segun la de 11 de Marzo de 1859.

Jurisprudencia.—Está declarado por sentencia de 22 de Mayo de 1862, que si bien por la ley de 1.° de Mayo de 1855 se condonaron los atrasos de réditos que adeudaren los censatarios y demás pagadores de gravámenes amortizados, no estaban comprendidos entre estos los destinados á cubrir obligaciones afectas á objetos piadosos, segun se declaró espresamente por la real órden de 3 de Mayo de 1859. Que el real decreto de 21 de Agosto de 1860, al mandar que la Junta superior de ventas y las de provincias procedieran respectivamente á la aprobacion de los espedientes de redencion de censos eclesiásticos que se hallasen pendientes al espedirse el real decreto de 23 de Setiembre de 1856, no comprendió ni pudo comprender los relativos á censos esceptuados.

Pérdida ó destruccion de la finca.—.....*Si la cosa que es dada á censo se pierde toda por ocasion, asi como por fuego, ó por terremoto, ó por aguaducho, ó por otra razon semejante: tal daño como este, pertenece al señor della, é non al otro que la oviese asi rescibida; de aquel dia en adelante non seria tenudo de darle censo ninguno. Mas si la cosa non se perdiese del todo por aquella ocasion, é fincase quanto la ochava parte della á lo menos; estonce tenudo seria de darle censo cada año por ella, asi como la avia prometido* (Ley 28, tit. VIII, Part. V).

El censo se estingue pereciendo completamente la cosa por caso fortuito; pero siempre que se conserve la octava parte de ella, tiene el enfiteuta que pagar la pension anual, como si nada se hubiese perdido.

El comentador haciéndose cargo de la ley, dice: que si se quema una casa, no obstante quedar el área, la cual se considera *máxima pars domus* la pension se estingue: lo mismo que sucederia si se quemase una viña ó un olivar: *quia mutata forma, substantia rei videtur esse perempta.* En cualquier caso y por cualquiera causa que la cosa se destruya, el censo se estingue: asi acontece con el terremoto y con la inundacion: *quia quod est inundatum ab aquis, censetur deperditum:* al caso de inundacion se compara la ocupacion bélica: *unde similiter fieret emphyteotæ remissio pensionis, si propter guerram non potuit percipere fructus rei emphyteoticæ* (glosa 9, 10 y 11).

La escepcion está tomada de las doctrinas de Azon; pero con cierta diferencia, pues mientras el ilustre profesor creia que si quedaba alguna parte, aunque mínima, el enfiteuta está obligado á la pension, la ley es terminante, y declara concluida la pension que gravita sobre la finca cuando quede menos de la octava.

Aun asi, puede admitir la inteligencia que la da el comentador: la pension se pagaria si fuese módica, y sin relacion á los frutos; mas si correspondiese á la cantidad de estos, y la finca se destruyese hasta la mitad, pero no tanto que de la parte restante quedasen frutos bastantes para pagarla, podria abonarse, aunque no integramente, á prorata de dichos frutos *(glosa 12).*

§ IV.

Ventajas de la enfitéusis.

Cuando de censos se trata, lo primero que se desea conocer es su utilidad: solo se esceptúa de esa cuestion la enfitéusis, cuya utilidad se da por supuesta. Participando de dos contratos fundamentales, aunque sin ser arrendamiento ni compra, fué en su orígen la institucion protectora del trabajo de los hombres libres, mucho mas honroso que la servidumbre, mucho mas productivo que el colonato. En los difíciles periodos porque han atravesado los pueblos, hoy mas florecientes, sin tener en su orígen lugares donde habitar, ni recursos para vencer los obstáculos de una naturaleza semi-salvaje, debió ser de grande utilidad la enfitéusis, de la cual puede afirmarse que puso los fundamentos de la vida civil, dando las primeras nociones de los fueros y cartas-pueblas.

Sucede con esta institucion como con todos los inventos humanos: el hombre recoge los beneficios sin detenerse á considerar las causas que los producen. Con la riqueza que le ha trasmitido la actividad acumulada de cien generaciones, y los poderosos medios de esplotacion que ha puesto á su alcance el progreso de la industria, quizás no le parece estraordinario un fenómeno de otros tiempos. Pero la historia se ha cuidado de demostrar las ventajas de este género de cultivo de que el mundo civilizado echó mano para impedir la ruina de la agricultura, y que ha servido siempre para conservarla y mejorarla. No tratando á fondo una cuestion económica, se nos dispensará de manifestar nuestra opinion acerca de las ventajas é inconvenientes que ofrecen los arrendamientos largos. Pero dado que merezcan todo el favor que les dispensó el autor del informe sobre la ley agraria, guiado por el ejemplo de Inglaterra; atendida la duracion ¿es comparable su utilidad con la de la enfitéusis? «No se debe ciertamente esperar de un colono que descepe, cerque, plante y mejore una suerte que solo ha de disfrutar tres ó cuatro años: es antes bien, mas

fácil, que reduciendo su trabajo á las cosechas presentes, trate solo de esquilmar en ellas la tierra, sin curarse de las futuras que no ha de disfrutar.» Mas si este inconveniente se aleja, no se hace imposible en el arrendamiento largo.

Siendo tan irresistible el atractivo que produce el terreno fecundado por nuestros sudores, todavia es de temer que el colono persuadido de que mas tarde ó mas temprano ha de abandonar los novales y plantíos cultivados por sus manos, se lamente como el pobre Melibeo, obligado á abandonar con motivo de las guerras sus campos y posesiones de las cercanías de Mantua. *¿Impius hæc tam culta novalia miles habebit?—¿Barbarus has segetes?*

La enfitéusis que mediante una hábil distribucion de la propiedad territorial, ha hecho menos irritantes las desigualdades de fortuna, ofrece sin mezcla de recelo todas las ventajas del arrendamiento largo. Nada tiene de estraño que un partidario de la enfitéusis que atribuia á su influencia el adelanto de la agricultura en Cataluña, haya dicho y repetido que donde ha prevalecido ese sistema, «se ven casas de campo deliciosas, abunda la poblacion, hay mil estilos de vivir; montes bien cuidados, plantios hermosos, ingenios de agua, minas para sacarla de la profundidad de la tierra sin dejarse cosa ociosa en ella ni en el mar.» Ninguna dificultad debe costarnos aceptar este resultado de la esperiencia, puesto que no nos cierra el camino para una reflexion. Una cosa puede ser útil sin ser necesaria: la utilidad es además idea muy variable: al legislador, testigo imparcial de las necesidades de un pueblo, toca decidir sobre la conveniencia de aprovechar este recurso, que por cierto es susceptible de bien diversas formas, para el fomento y desarrollo de la agricultura.

§ V.

De los Foros.

Su origen y naturaleza.—La antigüedad de los foros de Galicia, y aun los de Asturias muy semejantes á ellos, se re-

Monta á la primera época de la restauracion de la Monarquía. Fueron en su orígen contratos de arrendamiento, y luego han venido á ser una especie de censos enfitéuticos. Consisten en la entrega del dominio útil de una cosa por una pension ánua, mediante la condicion de que concluido el tiempo la readquiera su dueño. Tienen de malo, que no siendo su concesion perpétua, pues al contrario ha solido hacerse por la vida de tres reyes y 29 años mas. acontece que concluido el término, los señores directos pretenden la reversion del suelo con todas sus mejoras en absoluta libertad; los enfitéutas lo resisten apoyados principalmente en la posesion, lo cual ha sido y aun puede ser causa de disgustos, no obstante las resoluciones dictadas para precaverlos, segun puede verse consultando un estracto de la historia de esta institucion puesta por apéndice al tomo III de las *Concordancias*.

Sus efectos.—En opinion de algun autor difieren de los de la enfitéusis. Así por ejemplo, se cree que en los foros no es admisible la pena de comiso: si se concediese, arruinaria á la mayor parte de los foreros; pues como la propiedad está tan dividida, y como hay tantos propietarios pobres, nada es mas fácil que el retraso en el pago de la pension. Aumentaria la odiosidad de esta pena la costumbre que hay allí de tomar ciertos ferrados de renta sobre una finca. El labrador que busca dinero prestado, se compromete á pagar la renta correspondiente al capital de mas ó menos ferrados de fruto. Para disimular esta operacion que no es mas que un censo fructuario, el que toma el dinero figura la venta de un terreno á favor del que se lo presta: el supuesto dueño trasmite el dominio útil al que acaba de enajenarlo, señalando de pension el mismo número de ferrados ánuos: así se ven tantos señores que perciben una infima renta; así es tan grande el número de foreros en una misma finca, ¿quién seria capaz de calcular los males que produciria el comiso?

Dúdase de que sea admisible el tanteo, dando por razon que no cabe imponer sobre el foro mas cargas de las que por sí tiene.

Y lo mismo se dice acerca del laudemio, añadiendo que verificada la venta, el comprador se encarga de continuar satisfaciendo la renta sin que proceda semejante tributo en un pais donde la propiedad está tan recargada y las trasmisiones son tan frecuentes.

Mas aunque semejantes limitaciones sean justas, y no negamos que en algun caso tengan lugar, son mayores las semejanzas que las diferencias del foro con la enfitéusis. Sin duda es exacto que el laudemio, el comiso y otros gravámenes mas odiosos, forman tambien la comitiva de los foros.

Derechos del señor directo.—1.° El dominio de la cosa dada en foro. 2.° La accion para cobrar la pension ánua. 3.° La que les asiste para obligar á los llevadores del foral que nombren uno de entre ellos que pague la renta por entero. 4.° Pedir el deslinde de las fincas y el prorateo de la renta á cargo de los foreros, pasado que sea cierto número de años. 5.° El derecho hipotecario sobre la finca ó fincas aforadas. 6.° El que le compete para que el forero no grave sin su consentimiento, y bajo pena de nulidad si lo hiciere, la finca dada en foro. 7.° El que igualmente le asiste para apremiar al forero á mantener en buen estado la finca aforada.

La pension ha de satisfacerse en el tiempo y en el lugar convenidos, y si no como se acostumbre, segun la naturaleza de la finca. Nos parece poco importante la duda de si ha de ir el forero á casa del señor ó esperar que este vaya á cobrar la renta: aunque aquel derecho no fuese tan gravoso como es siempre, seria regular que el forero diese esta prueba de reconocimiento á su señor. La renta atrasada no debe pedirse en dinero y al precio mas alto que hayan tenido los frutos. En el opúsculo *Práctica legal sobre Foros y Compañías de Galicia,* impreso en Vigo en 1849, se trata esta cuestion que seguramente habrá ocurrido, pero cuya solucion no debe parecer grave.

La dificultad de entenderse con muchos foreros á la vez ha dado origen al cargo de cabezalero, que es la persona que cuida de recoger las respectivas porciones y entregarlas al

señor, habiendo en Galicia diferentes prácticas acerca del desempeño de la *cabezalería :* ya corresponde al mayor porcionero; ya al cultivador de un terreno; ya turnan entre sí, entregándose de uno en otro la memoria cobradora.

Los apeos y prorateos producen intrincados pleitos. El apeo es una operacion pericial, por cuyo medio, con presencia de la carta de foro ú otras pruebas, se deslindan los terrenos sobre que grava la pension. El prorateo tiene por objeto distribuir entre todos los llevadores de las fincas con justa proporcion la renta á que están afectas. Los apeos deben solicitarse cada treinta años, siendo los gastos de cuenta de los foreros, como encargados del cultivo y culpables muchas veces de que desaparezcan los mojones. En lugar de las anteriores diligencias suele usarse por mas económica la del reconocimiento, que se celebra por comparecencia de los interesados, en la cual prestan declaracion jurada del terreno aforado y de la obligacion de satisfacer la cuota correspondiente.

Por razon de su derecho hipotecario, el señor directo reclama el cánon de cualquiera que sea poseedor de los terrenos forales.

Finalmente, teniendo por garantía la finca, no se le puede negar la facultad que le compete para procurar su mejora é impedir que el forero la grave sin su consentimiento.

Derechos del forero. — Tiene: 1.°, el dominio útil de la finca; 2.°, el derecho de poder venderla ó disponer de ella en otra forma semejante con la carga á que está afecta; 3.°, el de hacer salir al señor á la defensa del terreno si fuere demandado; 4.°, el de pedirle que exhiba la carta foral cuando se trate de un prorateo entre los coforeros.

La facultad de enajenar es consecuencia del dominio útil, pero en ella no debe considerarse incluida la de gravar la finca con nuevos impuestos, por mas que sean frecuentes los subforos hechos sin contar con nadie por los colonos. Su dominio no es tan absoluto que puedan disponer de él en perjuicio del señor directo.

No debiendo esplicar por su notoriedad el derecho llamado de eviccion, nos limitaremos á recordar una particularidad de su ejercicio cuando han mediado guantes ó vueltas. Esta operacion tiene lugar siempre que el tomador del foro pretende pagar un cánon corto proporcionalmente al valor de la finca; el medio que entonces se emplea para establecer el debido equilibrio entre la pension y el capital, es el de los guantes, que consiste en que el forero entregue al aforante cierta cantidad, que disminuye en otro tanto el capital de la finca aforada, fijándose la pension con arreglo á esta diferencia. Pues bien: la justicia exige que si por consecuencia del pleito pierde el forero la finca, sea indemnizado tambien del dinero que pagó por ella.

Modos de constituirse.—1.° Por contrato oneroso; 2.°, por donacion entre vivos; 3.°, por testamento; 4.°, por prescripcion.

Estincion de los foros.—Se verifica: 1.°, por concluir el término; 2.°, por mútuo disenso; 3.°, por dejacion de la hipoteca cuando la lleva un tercer poseedor: 4.°, por consolidacion; 5.°, por perecer la finca aforada; 6.°, por prescripcion.

Jurisprudencia.—La sentencia de 4 de Enero de 1845 resuelve: Que declarado nulo el foro de la casa y estimada la accion reivindicatoria debe entregarse la finca al verdadero dueño; y que éste no viene obligado á restituir el precio que por la tal finca ó casa dió el comprador sino á indemnizar de las espensas hechas para ciertos mejoramientos.

Otra de 20 de Febrero de 1860: Que los bienes forales en virtud de la hipoteca legal que sobre ellos pesa, están sujetos al pago de las pensiones sin consideracion alguna á la persona que los posee.

Otra de 13 de Abril de 1861: Que aceptado un subforo de bienes con la condicion de no despojar á los llevadores mientras paguen sus pensiones por sí y sus derivados, no puede el dueño obligarles á celebrar nuevos arriendos, ni privarlos de la tenencia de los bienes forales.

Otra de 10 de Mayo de 1861: Que la redencion de unos foros, hecha por un forero como mandatario de otros coforeros

y tambien en su propia representacion, no dá á aquel mas derechos que los que le correspondan en participacion con sus mandantes.

Que verificada la redencion de un foro, aunque sea por medio de mandatario, queda consolidado en los foreros el dominio directo con el útil y estinguida la obligacion de satisfacer las pensiones forales, sin perjuicio de su responsabilidad por el mandato, exigible en su caso por la accion contraria.

Otra de 14 de Mayo de 1861: Que la reclamacion y percibo de las pensiones forales y del derecho de laudemio, reiterados por mas de medio siglo, constituyen un estado posesorio respetable y tal presuncion de la existencia de un foro, que no pueden destruirse sin una prueba acabada de que aquel no se estableció legalmente.

Otra de 8 de Junio de 1861: Que cuando la sentencia declara que una parte no está obligada al pago de las rentas de un foro interin la contraria no acredite debidamente cuáles son los bienes llevados y sus llevadores, no se fija un estado de derecho permanente, ni se perjudican los derechos de esta parte para reiterar su reclamacion justificando dichos estremos.

Otra de 27 de Enero de 1862: Que limitado á un forista el dominio útil de un foro por condiciones que imponga el dueño del dominio directo, no puede aquel, ni sus sucesores, hacer en el arriendo de las fincas en que esté constituido el foro, innovacion alguna contraria á las condiciones impuestas por el señor directo, sin la autorizacion ó al menos sin la aquiescencia y conocimiento de este, ó del que le hubiere sucedido en sus derechos.

§ VI.

Derecho de superficie.

La ley 8.ª, tit. XIII, lib. X de la Nov. Rec., supone la existencia de este derecho, que los autores consideran semejante al censo enfitéutico. Superficie se llama todo lo que está

sobre la faz de la tierra, por ejemplo, una casa si se trata de cosas urbanas; árboles y vides, si se trata de cosas raices. Superficiario es, segun esta regla, el que edificó la superficie en suelo ajeno, para poseerla perpétuamente ó por tiempo, prestando una pension anua al señor del suelo: *qui superficiem in alieno solo ædificavit, ut eam in perpetuum vel ad tempus haberet, præstita domino soli certa annua pensione uniformiter solvenda* (AVENDAÑO, cap. LXIX, núm. 2.º).

Los derechos del superficiario están limitados por los términos de su concesion. Puede haberse trasmitido la superficie por donacion, compra, legado, sin imponer la menor pension ni exigir reconocimiento para el tiempo futuro, y en este caso el superficiario se ha hecho dueño y puede disponer libremente de ella. Pero lo probable no es esto, y lo que sucede es que se otorga como espresa la definicion, y entonces es un verdadero derecho censual, en el que corresponde al señor del suelo el dominio directo, y el superficiario tiene solo el útil.

Esta consideracion de dueño útil la tiene el censuario mientras paga la pension: en su virtud puede disponer del edificio, enajenarle, hipotecarle y constituir en él servidumbre; pero á su vez tambien se obliga á satisfacer las cargas reales, los tributos, y otros gastos que ocasiona (LASERNA Y MONTALBAN).

SECCION II.

DEL CENSO RESERVATIVO.

§ I.

Antigüedad y naturaleza del mismo.

El censo reservativo es el derecho de exigir de una persona cierto cánon ánuo en frutos ó en dinero por haberle trasmitido el dominio directo y útil de una cosa raiz.

El origen de este censo es muy antiguo: pues en el capítulo XLVII del *Génesis* se lee: Que José, hijo de Jacob, cedió

á los egipcios varias tierras en nombre de Faraon, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos.

Ha sido muy frecuente no solo en España sino en los demás reinos que las iglesias, las universidades, los colegios, los particulares hayan dado sus fincas á censo reservativo: quizás por algunos abusos que se permitieron á ejemplo de los señores territoriales que solian imponer gravosas condiciones, como dice Salas lamentándose de este mal en los de Valencia, quizás por eso fué necesario fijar los derechos de las personas que intervinieran en su imposicion.

Se parece á todos en la forma de su constitucion que puede tener lugar por testamento ó por contrato; aunque alguna vez se constituye por mandato de la autoridad como aparece de la ley 7.ª, tít. XIX, lib. III, Nov. Rec., en la que con objeto de escitar á los dueños de yermos y solares á edificar en ellos á fin de aumentar el número de habitaciones y mejorar el aspecto del pueblo, se dictan varias disposiciones, una de ellas que si los mencionados sitios fuesen de mayorazgos, capellanías, patronatos ú obras pias, puedan sus actuales poseedores hacer la nueva obra, y que de no hacerlo dentro del término de un año, se concedan dichos solares á censo reservativo: cuya disposicion aunque especial para Madrid se halla admitida en las demás provincias y estendida á los edificios que se encuentran en estado ruinoso.

Puede ofrecer dudas el determinar la naturaleza de este censo que, aunque específicamente se distinga de los demás por su clase, tiene analogía con ellos. Las reglas que proponen los autores por demasiado sencillas, acaso, no resuelvan la dificultad. Si el que cobra la pension conserva todavía algun dominio, será enfitéutico. Si no conserva ninguno, pero le tenia antes que se constituyera el censo, será reservativo: si jamás ha estado la finca en poder del que cobra la pension sino solo en poder del que la paga, será consignativo. Cuando ni aun con esto se logre averiguar la clase, se estará por aquel que menos gravoso sea al censuario. Si se dudase acerca de si era enfitéutico ó reservativo se estará por este último porque

grava menos al que le debe (COVARRUBIAS, 3, *Var.*, *cap. VII*. MOLINA, *de just et jur., trac.* 2, *disp.* 383, *vers. contrarius).* Cuando la duda consista en si es reservativo ó consignativo, Covarrubias, en dicho lib. III, Var., cap. X, núm. 5 afirma que mas se debe considerar el censo reservativo que consignativo.

Pero Vela, disert. 33, núm. 70, sostiene que debe de considerarse consignativo antes que reservativo; se funda en que el consignativo es mas frecuente y menos gravoso para el deudor. Sala por igual razon suscribe á este dictámen núm. 12, tit. XIV, lib. II, *Ilustracion al Derecho Real de España.*

Puede tambien ocurrir duda acerca de su duracion en cuyo caso algunos creen que debe considerarse perpétuo mas bien que redimible por ser esta su naturaleza ordinaria; y tambien porque reservándose el dueño la pension, su derecho á percibirla es un equivalente del dominio y debe de ser perpétuo como él (MOLINA, *Eod.: Ver. Secundus.* AVENDAÑO, *Trat. de Cens.*, *cap. XIV).* Pero atendiendo al principio de que debe decidirse la duda en favor del censo que sea menos gravoso al censuario, hallamos preferible la opinion de Vela, Sala y Viso que creen deberá considerarse redimible del mismo modo que se tendrá por temporal, si se dudase si era ó no perpétuo.

§ II.

Efectos juridicos de este censo.

ARTÍCULO 1.º

Derechos y deberes del censualista.

Derechos.—Le corresponde cobrar la pension del capital en que se hubiere justipreciado la finca ó del precio en que se hubiere subastado, si perteneciendo el predio á capellanías, patronatos, etc., y no pudiéndolo reedificar sus poseedores, hubiera de enajenarse á censo reservativo, segun lo dispuesto en la ley 7.ª, tit. XIX, lib. III, Nov. Rec.

Como este censo es mas ventajoso al censuario que el enfi-

téutico, por no tener el censualista los derechos de tanteo y laudemio, la pension puede ser mayor, aunque nunca ha de esceder del 3 por 100 que es el máximum que permiten las leyes 8.ª y 9.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec., y aun para esto no se ha de haber agregado pacto que le haga mas gravoso, porque entonces seria necesario reducirla para buscar la compensacion.

Mucho han disputado los intérpretes acerca de la naturaleza y validez de tales pactos; pero los ha habido y se comprende que los haya en los censos capaces de ser modificados como los demás contratos. Ahora bien: si se hubiesen impuesto señaladas limitaciones: si por ejemplo, se hubiese pactado que el censo fuese irredimible, como esta seria una nueva carga además de la pension, el único medio de hacerlas compatibles consiste en rebajar la tasa de la última, hallándose recibido por costumbre que sea 2 por 100.

Hablamos en el supuesto de que no hayan perdido su fuerza las leyes recopiladas, de que la antigua jurisprudencia no se halle modificada por las máximas de otra mas moderna. El art. 1550 del Proyecto de Código preceptúa que el rédito ó interés de los censos se determinará por las partes segun su arbitrio al otorgarse el contrato. El autor de las *Concordancias*, se estraña de la contradiccion que envuelve permitir mayor interés en los contratos en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago del capital que en los censos en que no le tiene. Algunos autores, fundados en la ley de 14 de Marzo de 1856, creen que hoy son libres los contrayentes de estipular la pension que les parezca. Hemos indicado ya nuestra opinion en este punto.

Deberes.—Están reducidos á otorgar la escritura prévio el registro y derecho de trasmision, etc. poner á disposicion del censatario la finca y los correspondientes títulos de pertenencia, estar tenido á la eviccion y saneamiento, y cumplir cuantas condiciones hubiese aceptado al tiempo de la imposicion del censo.

Artículo 2.°

Derechos y deberes del censuario.

Derechos.—El censuario á quien se ha trasferido el pleno dominio de la finca, puede ejercer en ella todos los derechos como cualquier otro propietario. Puede tambien redimir el censo si no se le ha limitado esta facultad.

Deberes.—Está empero obligado á conservar en buen estado la finca. Si la enajena, ha de advertir en el acto el gravámen á que se halla afecto, *so pena que, si así no lo hicieren, paguen con el dos tanto la cuantía que recibieron por el censo, que así vendieren y cargaren de nuevo á la persona á quien vendieren el dicho censo* (Ley 2.ª, tít. XV, lib. X, Novísima Recopilacion).

Debe pagar la pension en frutos ó en dinero, segun se hubieren convenido, quedando hipotecada la finca á la seguridad de su pago si no se pactó que en defecto de este volviera á poder del censualista. Esa es la doctrina de algunos autores, mas como hay otros que terminantemente afirman que la finca no cae en comiso, aunque dejen de pagarse las pensiones; esplicaremos la ley que da lugar á estas dudas.

Ley 68 *de Toro* (1.ª, tít. XV, lib. X de la Nov. Recop.).—*Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion que si no pagare á ciertos plazos, que caya la heredad en comiso, que se guarde el contrato y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.*

La colocacion de esta ley es indiferente para examinar la cuestion tan debatida respecto de la clase de censo á que debe aplicarse, ó en el que pueda tener efecto. Donde quiera que la tratásemos habríanos de ocurrir esta dificultad, y por el órden y por la distribucion de las materias no es este el lugar menos á propósito, aunque nos proponemos seguir en su estudio un método comparativo. Hablemos del censo enfitéutico. Acevedo cree que solo en él puede cumplirse la disposicion de la ley, porque solo por él se traspasa el dominio útil,

permaneciendo el directo en poder del dueño, de modo que no pagando la pension recobra la finca su antigua naturaleza y vuelve á aquel que como dueño conserva su directo dominio: *verba ista sobre su heredad referenda sunt ad illum, qui hæreditatem ipsam, et sic fundum ad censum emphyteosim perpetuam alicui tradit, et sequentia verba ad hunc sensum trahenda sunt, et sic est tenendum intrepide* (Núm. 10, ley 1.ª, tít. XV, lib. V, Rec.).

Avendaño, sobre la misma ley, espresa que en primer término conviene referirla al censo enfitéutico, citando como de su parecer varios escritores. No olvida que algunos lo contradicen, fundados principalmente en que careceria de objeto aplicada al censo enfitéutico, pues sabido es que por derecho comun, sin necesidad de nueva declaracion, cae la finca en comiso si deja de pagarse el cánon. Pero replica que la ley, por su generalidad, es estensiva á todo censo, si bien corresponde mas al enfitéutico, pues decide un caso nuevo y dudoso; á saber, si se sostendria el pacto de comiso cuando esa pena escediese en mas de la mitad (*Cap. XC, núm.* 2.°).

Otros opinan que la ley se refiere al censo consignativo. Sancho Llamas esplica de este modo sus razones: la ley dice que el que pusiere sobre su heredad algun censo á condicion de que no pagando á los plazos señalados caiga en comiso, quede obligado al contrato. Esto donde se verifica es en el censo consignativo, pues el que lo impone, lo constituye sobre su heredad, conservando el dominio directo y útil *(Núm. 17)*.

Los hay por último que la aplican al censo reservativo. Covarrubias, dice: «suele añadirse al contrato censual el pacto de que no pagando la pension en dos ó tres años, perezca el derecho y caiga la cosa en comiso: *jus ipsius contractus pereat, fiatque res commissa;* cuyo pacto debe cumplirse, pues se halla autorizado por la ley 68 de Toro.» Sin embargo, la práctica de los tribunales solo le admite y aprueba cuando el censo perpétuo se constituye sin la cláusula de ser redimido, ó cuando la cosa sobre la cual se impone pertenece al que se reservó el derecho de cobrar la pension: *tantum admittit et probat ubi census perpetuus constituitur absque redimendi pacto, vel res super qua cons-*

titulus est, ipsius erat qui pensionem anuam solvendam fore caverit (Varias Resoluciones, cap. VII, núm. 1.°, lib. III).

Molina es todavia mas concluyente: proponiéndose la misma duda, contesta: *dicendum est si census reservativus sit..... validam esse non minus quam in emphyteusi.* A lo cual no se opone la cláusula 6.ª del *motu proprio* de San Pio V sobre la constitucion del censo, por tratarse en ella esclusivamente del censo consignativo; suscribe, pues, á la opinion de Covarrubias, y aun aprueba la de Gutierrez, quien considera licita dicha pena: *etiam si res sub censu reservativo redimibili tradita sit.* Alega en apoyo de su dictámen que como en el censo reservativo se traspasa el dominio pleno, puede muy bien el censualista no querer trasferirlo sino bajo el pacto de que no pagándole la pension, única cosa que se reserva, vuelva la finca á su poder de la misma manera que quien concede una heredad en enfitèusis puede licitamente poner por condicion que no traspase el dominio útil, sino bajo la misma pena *(Trat. de just. et jur., disp.* 381, *núm. 6.°).*

No atendiendo mas que á las palabras testuales podria aplicarse á todos los censos, y si en todos no la creemos posible, es porque no en todos nos parece justa. El censo consignativo se halla en este caso, por eso creemos que en él menos que en ningun otro puede tener lugar. La finca no sale del poder del censatario: bajo este aspecto ya no se cumpliria la condicion del comiso, cuya pena por su naturaleza denota que la cosa ha de volver á aquel de quien salió. Pero supongamos que el comiso admita otra inteligencia, ¿seria justo que el censualista, únicamente autorizado para reclamar la pension, pudiera alguna vez quedarse con la finca? Concédase este supuesto, y el resultado será que la cosa censual de mayor valor se podria arrebatar y adquirir contra la voluntad del dueño por módico precio; el resultado será la injusticia, el fraude, la iniquidad del censo: *inde tám in creatione quam in resolutione census per conditionem commisi, injustitia et fraus et dolus versaretur, et census inde sustineri nequiret* (AVENDAÑO, núm. 3.°).

Véase por que Molina, haciéndose cargo de la cláusula 6.ª del *motu proprio*, dice: no sin razon se prohibe semejante pena,

pues seria escesiva é injusta: *quando res censui subjecta, multo majoris valoris est quam census;* sin que lo impida la ley 68 de Toro, pues los autores solo la admiten en el censo reservativo *(Tratado 2.° de jus. et jure, disp. 390, núm. 25):*

No ofreceria tantos inconvenientes esta pena en el censo enfitéutico, pero el pacto no aumentaba el valor de uno de sus requisitos. ¿No hemos visto que la finca caia en comiso dejando de pagar la pension? El pacto estaba demás habiendo previsto este caso la ley.

Donde cabe señalar esta pena, y dónde puede cumplirse sin injusticia ni violencia, es en el censo reservativo. Aquí el dueño se desprende de una finca en favor de otro sin mas recompensa por este sacrificio que el pago de la pension, y ¿hay nada mas natural, que viéndose defraudado de esta única esperanza, se quede con la finca? Tan dura é insostenible es la pena del comiso, que estamos por creer que nunca se ha hecho efectiva; pero si alguna vez admite disculpa, es solo en este caso.

Vengámos á otra dificultad: y ¿para qué se hizo esta ley?

La única *C. de sententiis quæ pro eo; quod interest,* establece que en todos los casos en que hay cantidad cierta, como en las ventas, locaciones, la cuota del interés señalada como pena por falta de cumplimiento de lo prometido, no debia esceder del duplo de la misma; en los demás casos en que no se trataba de cantidad cierta, como cuando las promesas eran de hacer, por lo que los llama inciertos, dejó al prudente arbitrio de los jueces regular el daño que habia resultado á uno de los interesados para decretar su resarcimiento; debiendo observar lo mismo cuando se habia verificado privacion de lucro y utilidad, y concluye que tan solamente se han de exigir aquellas penas que pactan con la competente moderacion, ó se establecen por las leyes con cierto fin ó motivo.

Sobre esta ley han formado los intérpretes un castillo de conjeturas, opinando algunos que tanto en las penas legales como en las convencionales, el interés no puede esceder del duplo; dudando otros de si podria pactarse mayor cantidad cuando el valor del contrato fuese desconocido.

Nuestro derecho no decide esta dificultad. Varias leyes de Partida tratan de penas convencionales. La 32, tít. V, Partida V, hablando del vendedor de una heredad que pactó la eviccion ó saneamiento bajo la pena de satisfacer el duplo de su valor, ordena que no solo debe pagar el duplo, mas la cosa doblada, *maguer mas valiese*. La 56, tít. XVIII, Part. III, aprueba la siguiente cláusula, una de las que pueden contener las escrituras de venta: «Si el vendedor ó sus herederos inquietasen al comprador en juicio ó fuera de él en el disfrute ó posesion de la heredad vendida, se le satisfaga el precio dado por ella.» Otras hay que reconocen penas convencionales sin señalar cantidad. La 34, tít. XI, Part. V, dice: que si en la promesa se obligó el promitente á satisfacer la pena y á cumplir lo prometido, en el caso de no cumplimiento podia pedírsele la pena y la cosa prometida. La 40 añade: que cuando la pena se impone sobre cosa alguna que se obliga á hacer, incurre en ella el que no cumple; pero si fuese estipulada sobre entrega de cierta cantidad, podrá exigirla á aquel á quien se ha hecho la promesa, con tal que no tenga contra sí la sospecha de usurero.

Estos precedentes tenia la ley, quizás por ellos creyeron sus autores y hoy creen los comentaristas que no es injusta, autorizando el pacto de que la finca caiga en comiso si el censo no se pagare á plazos convenidos, por mas que la pena sea grande y mas de la mitad: *Hoc ergo maximum dubium tollit nostra lex, in contractu emphyteutico et censuali, et vult quod pœna apposita inter partes indistincte valeat et teneat* (GOMEZ, com., núm. 4.°).

Sus últimas palabras indican además que el contrato no se rescinde por esceso de la pena en mas de la mitad del justo precio. Dudábase si tendria lugar este remedio en el censo cuando el daño fuese mayor del importe de las pensiones acumuladas en veinte años; la ley decide, segun este autor, que aunque esceda de este tipo no seria injusta: *quia maxima incertitudo est et versatur circa tempus fruitionis et solutionis pensionis, et census et circa finem et extimationem ejus* (Id.).

§ III.

Modos de estinguirse el censo.

1.° Por pérdida total de la cosa. Muchas razones existen para que llegado este caso, se estinga el censo: consumado el contrato, la cosa perece para el comprador, y como aqui lo es el censualista que ha adquirido el derecho de cobrar la pension de los frutos de la casa, la pierde si esta perece. Cuando solo se hubiese estinguido en parte, el censuario no se exime del pago de la pension, como no prefiera abandonar la finca, aunque en uno y otro caso estará obligado al resarcimiento de perjuicios si se destruyó por su culpa.

2.° Por la redencion, la cual consiste en la entrega del capital en que se justipreció la finca, ó en el precio que se la hubiere dado en el remate si se vendió en pública subasta, y juntamente las pensiones. Esta causa puede cesar habiendo pacto en contrario. Ha sido motivo de duda y de controversia para los prácticos si el censo podia constituirse bajo condicion de que fuera irredimible ó de que no se redimiera sino despues de cierto número de años.

Nosotros creemos que este pacto que unido á otro censo seria de legitimidad dudosa, ofrece menos inconvenientes en el reservativo, en el cual conviene evitar los dos estremos, hacerle perpétuamente irredimible ó declararle redimible al instante y á cualquier tiempo.

3.° Por renuncia que haga el censualista de su derecho: esta facultad no se puede negar á ningun dueño, y como el censualista era dueño de su pension, podria renunciarla.

La prescripcion, otro de los medios no afectaria al censo, se limitaria á determinado número de pensiones.

§ IV.

Utilidad del censo reservativo.

El beneficio que naturalmente resulta de que uno aproveche cualquiera finca desamparada, tal vez perdida para su dueño, proclama la utilidad del censo reservativo, que no obstante su antigüedad y su frecuencia, está comprendido en el anatema fulminado contra todos los censos. Posible es que algun propietario le haya empleado para asegurarse una pension y tener un pretesto de desentenderse de su hacienda: aunque así fuera, siempre sucederá que el censo reservativo remedia las desgracias de la desidia, no las produce. Pero no es lícito juzgar de las instituciones por tan estrecho criterio. Tiene la presente un origen mas notable y recibe en la práctica aplicaciones mas dignas. Mientras no se tema un verdadero peligro, conviene ensanchar las esferas de la actividad humana: aumentar, no disminuir los recursos al individuo que tantos necesita para hacer frente á las atenciones de la vida. El censo reservativo, lejos de ser dañoso al censualista, favorece el derecho que le asiste para disponer como bien le parezca de sus bienes: aumenta una facultad al número de las que ha recibido de la ley como propietario.

El censatario mejora su condicion adquiriendo el carácter de dueño sin carga ni gravámen sensible, porque no lo es el pago de la pension que le asegura, libre de otro desembolso, todas las utilidades del dominio.

El legislador no desconoce estos beneficios y rinde un homenaje de respeto á la antigüedad, conservando este censo que recibe como herencia de pasados siglos.

SECCION III.

DEL CENSO CONSIGNATIVO.

§ I.

De los juros.

Su definicion.—Juro es un censo ó imposicion sobre las rentas del Estado que á las formalidades ordinarias, reunia la de estamparse en las cédulas el juramento ó promesa del rey al cumplimiento de lo pactado, de cuya circunstancia se ha pretendido hacer derivar su nombre que tiene origen en su calidad de renta anual perpétua ó al quitar, hereditaria ó trasmisible por juro de heredad.

Su naturaleza.—El juro consiste en una cantidad anual en maravedises ó en especie, de naturaleza perpétua ó redimible, con que se gravaron en lo antiguo las rentas del Estado, á favor de particulares ó corporaciones: húbolos tambien de por vida que caducaron al fallecimiento de las personas en cuyo beneficio se habian constituido.

Su origen.—Empezaron á conocerse á fines del siglo XII ó principios del XIII, en el reinado del Sr. D. Alonso VIII de Castilla, el cual no hallando otros medios de recompensar los servicios de sus vasallos, les concedió ciertas rentas con este nombre por via de merced, cuyo pago se verificó al principio en trigo, cebada, sal y otras especies; pero esta clase de imposiciones fueron no obstante poco conocidas hasta el reinado de los señores Reyes Católicos, los cuales para subvenir á los gastos de guerra y á las demás atenciones del Estado, tuvieron necesidad de recibir á censo abierto los caudales que voluntariamente les ofrecieron estipulando el interés á razon de 14, 20 y 30,000 el millar pagadero de los productos totales de las rentas de la Corona. En esta época fueron arreglados los juros, quedando suprimidos muchos que provenian en su mayor parte de las gracias llamadas Enriqueñas, y mo-

derados otros conforme á lo acordado en las Córtes celebradas en Toledo el año 1480.

Número de juros.—En lo antiguo se reconocian doce clases de juros, todos los cuales gravitaban sobre las rentas reales, provinciales, generales y millones. Mas como las rentas no bastasen para cubrir el importe total de estos impuestos, húbose de adoptar el medio de formar con esta clase de acreedores un verdadero concurso. Ocuparon el primer lugar los perpétuos y de recompensa, y despues los demás por la fecha de su antelacion; cuando habia varios de la misma antigüedad y no bastaba el valor de la renta á cubrir su importe se examinaba hasta qué dia alcanzaba completamente, y el resto se prorateaba entre los interesados del dia inmediato, por cuyo medio se distribuia justificadamente la totalidad de la renta. Este fué el orígen de los juros sin cabimiento, que son aquellos á los que no llegaba la renta de la hipoteca.

Reducciones.—Dos hay que constituyen época. La primera desde el año 1621, que por real cédula de 7 de Octubre se mandaron reducir á 20,000 el millar ó sea á 5 por 100 todos los juros, cuyas imposiciones eran á mayor precio; y la segunda desde que por la Pragmática de 12 de Agosto de 1727 se redujeron al 33 ⅓ el millar, ó sea el 3 por 100. Además de dichas reducciones se les impusieron descuentos ó valimientos segun su clase.

Pago de intereses.—Se ha verificado en los de maravedises, generalmente hablando, á metálico hasta fin de 1803, y en los de granos, sal y demás especies lo han debido ser en las suyas respectivas hasta fin de 1818.

Capitalizacion y liquidacion.—La época que puede llamarse definitiva porque preparó la suerte que ha cabido á este ramo en la ley general de arreglo de la deuda, tiene origen en las reales órdenes de 20 de Octubre y 5 de Diciembre de 1836 las cuales dispusieron que por los capitales de juros se dieran láminas provisionales, con espresion del interés que disfrutaban, el cual se debia liquidar en la forma que lo habian disfrutado hasta entonces, abonando su importe en deu-

da sin interés, suprimiendo el 2 por 100 que además de los descuentos se habia venido exigiendo en las liquidaciones para gastos de oficina etc., y señalando término para la presentacion de las reclamaciones.

Por otra real órden de 30 de Mayo de 1838 se mandaron reconocer, capitalizar y liquidar por todo su valor los juros que con posterioridad á su primitiva imposicion, habian esperimentado aumento en su valor siempre que procedieran de estipulacion garantida en privilegios, cédulas ó instrumentos públicos originales; y por otra de 13 de Abril de 1837 se acordaron las diligencias que habian de practicar los interesados, cuando á causa de estravio no pudieran presentar los originales; se declaró que los dueños podian trasmitirlos, y que la capitalizacion decretada se consideraba acto voluntario.

Conversion.—Verificado el arreglo de la deuda por la ley de 1.° de Agosto de 1851, se aprobó por real decreto de 17 de Octubre de 1851 el reglamento de igual fecha que en su artículo 16 dispone que se conviertan en deuda amortizable de primera clase los capitales de juros que devengan intereses y los de aquellos que no los tienen por ser sin cabimiento ó compuestos de medias anatas, asi como el importe de las capitalizaciones que al respecto del 5 por 100 previene se formen á los juros perpétuos ó de recompensa que no tienen designado capital por carecer de precio en su imposicion.

El art. 17 manda que se conviertan en deuda amortizable de segunda clase los intereses vencidos hasta 30 de Junio de 1851 por los juros que los devengan y por los perpétuos ó de recompensa.

El 39 concedió á los poseedores de juros un año de término contado desde la fecha del mismo reglamento para reclamar la capitalizacion y abono de réditos sujetándolos en caso de no hacerlo, á lo que por punto general se determine en la ley de caducidad.

La capitalizacion y liquidacion de los juros en último resultado, pueden hallarse en los casos siguientes: 1.° cuando tienen designado capital y devengan réditos. 2.° cuando solo

tienen capital y no gozan réditos. 3.° cuando no tienen designado capital.

Abono de los capitales de los juros.—Esta operacion reducida al saldo de una simple cuenta, exige las siguientes formalidades, se ha de hacer constar: 1.° Su legitimidad comprobada en los asientos ó libros matrices y tambien su índole y circunstancias, particularmente el estado de pago de réditos. 2.° Su pertenencia actual, partiendo de la persona á cuyo favor aparece el último reconocimiento. 3.° En los juros que fueron vinculados, ha de justificarse que en la forma legal se han aplicado á la mitad del mayorazgo de que puede disponer su poseedor; ó que concurra y dé el inmediato sucesor el consentimiento para que se convierta y entregue el capital. 4.° En los que aparezcan gravados con cargas ó hipotecas convencionales ó judiciales, se ha de presentar justificacion legal de haber quedado libres de unas ú otras. Además ha de presentarse para su cancelacion el privilegio original ó la carpeta de resguardo ó en su defecto el espediente de declaracion de estravio y la fianza correspondiente....

Las disposiciones mas esenciales que se han dictado acerca de tan importante ramo, pueden consultarse en el tomo I de la *Coleccion Legislativa de la Deuda Pública de España*, interesante trabajo, del que hemos entresacado las anteriores noticias.

§ II.

Origen, definicion y naturaleza del censo consignativo.

Origen.—Avendaño recuerda que los autores han tratado de investigar el principio de este censo; faltóle añadir que remitiéndose de uno en otro, no hacen mas que copiar á Feliciano Solís, el cual tampoco hizo mas que seguir á Bartolomé Albornoz. Este afirma en el lib. III, tít. II del Arte de los contratos, que el censo al quitar es tan nuevo en Castilla, que no se encuentran vestigios de él antes del año de 1492, en que los Reyes Católicos espulsaron á los judios de España, aunque

en Alemania era ya conocido á principios del siglo XV, como lo prueba la decretal del Papa Martino V, que se halla en el título de *emptione et venditione* de las Estravagantes comunes que corresponde al de 1495. Sancho Llamas encuentra fundada la conjetura de Albornoz, de que los censos se introdujeron en Castilla á últimos del siglo XV, á imitacion de lo que ya se practicaba en el reino de Aragon, y añade que acaso podria decirse con igual probabilidad que á semejanza de los juros introducidos en Castilla en el reinado de D. Enrique, como que entre unos y otros no hay mas diferencia sino la de que los juros se imponian sobre las alcabalas, tercias y otras rentas de la Corona, y los censos sobre los bienes de los particulares.

Definicion.—Juan de Medina define el censo: derecho de percibir una pension, sea fruto ó una cosa útil, ó dinero de cierta finca sobre la que está constituido. No admiten los autores esta definicion que confunde el efecto con la causa: para que fuese exacta deberia distinguir entre una y otra cosa, como se distingue entre contrato, obligacion y accion. De aquí es que Francisco Sarmiento, García Saravia le definen: un contrato por el que se compra ó vende un derecho de presente para percibir mediante una cantidad de dinero ciertos frutos consignados sobre el fundo de un deudor, y el cual está obligado á pagarlos á cada año, ó como mejor le convenga. Se rechaza esta definicion diciendo que en el censo no se compran los frutos, ni hay necesidad de proporcionar á ellos el precio. Solis propone la suya en estos términos: contrato instituido por la costumbre, en virtud del cual uno vende y otro compra el derecho de cobrar cierto rédito que se ha de pagar anualmente en dinero. *Contractus institutus á consuetudine, ex quo unus vendit, et alter emit jus certi reditus, singulis annis solvendi in pecunia.* Puede verse el núm. 8, cap. IV, lib. I, en el que analiza los términos de su definicion.

Por nuestra parte omitimos este trabajo, cuya dificultad desaparece, si bien se examina el significado del censo. Sabemos que esta es una palabra comun que se aplica lo mismo al

contrato que á la pension, que al derecho de percibirla. No obstante, en su acepcion mas genérica se toma por el derecho de cobrar una pension impuesta sobre determinada finca inmueble y fructífera.

Puede constituirse por contrato y última voluntad, pero no pertenece examinar aqui la parte esterna de este derecho, la forma y los requisitos de su constitucion: ahora le suponemos constituido y solo tratamos de conocer su naturaleza y sus efectos.

Su naturaleza.—Como el censo se constituye sujetando algunos bienes inmuebles al pago de un cánon ó rédito ánuo por retribucion de un capital dado comunmente en dinero, disputan los autores acerca de si puede considerarse como hipoteca ó si el gravámen que produce es una especie de servidumbre. Los que creen que es hipoteca se fundan en que la hipoteca no es mas que la suposicion de una cosa *(suppositio rei)*, para el cobro mas fácil de un débito: que constituye un verdadero gravámen y no siendo servidumbre, tiene que ser hipoteca: que pereciendo y estinguiéndose la cosa censual, no se estingue el censo sino que la obligacion personal de pagar la pension continúa, porque la imposicion sobre el fundo se hace á ejemplo de la hipoteca para la mas segura exaccion del censo: que son de este dictámen Medina, Covarrubias, Soto, Solis, etc., en una palabra, todos cuantos creen, y no son en corto número que la persona del censuario no solo puede obligarse al censo, sino que este seria lícito, aunque se consignase sobre la persona; cuya resolucion toma mayor fuerza atendido que si el censuario concurriese con otros acreedores sobre prelacion de la hipoteca seria preferido. (AVENDAÑO, *cap. XXIII, núm.* 6 *al* 9).

Por el contrario, Sarmiento, Gutierrez, Navarro y otros escritores afirman que la imposicion y constitucion del censo es á manera y semejanza de una servidumbre real: *jus servitutis formatum in census creatione fortius esse aliis hypothecis regularibus*: la esplicacion de esta doctrina es la siguiente: en la creacion del censo se verifica cierta compra-venta del derecho de percibir

una pension ánua de los frutos de la cosa censual: de donde se sigue que es como si se impusiera sobre la cosa censual cierta servidumbre de exigir una pension de sus frutos: no porque sea en verdad propia y verdadera servidumbre: *sed quod jus quoddam reale, affixum, et cohærens rebus suppositis longe fortius et opulentius hypothecis regularibus contrahatur* (núm. 10).

Los intérpretes inventaron alguna vez estrañas analogías, solo por empeño de no llamar las cosas por sus nombres. No intentamos rectificar su doctrina, porque fueron demasiado jurisconsultos para que les supongamos ignorantes de lo que sabe hoy cualquier leguleyo; mas por no dar en la manía de ellos, y por no incurrir en inexactitudes que en nosotros tendrian menos disculpa, reducimos la contestacion á precisos términos. El censo no es hipoteca, porque el censualista puede pedir desde luego de cualquier poseedor las pensiones que se le adeuden; mientras que en la hipoteca ha de hacerse escusion en los bienes del deudor antes de dirigirse contra el poseedor de la finca hipotecada: además, impuesto el censo á la vez sobre dos ó mas predios que despues se dividieron entre varios poseedores, cada uno ha de ser reconvenido en la parte prorateada y no por el todo, cosa que no sucede en la hipoteca, cuya accion por ser indivisible, puede dirigirse contra cualquiera de ellos en el todo. Tampoco es servidumbre, pues, aunque el censuario está obligado á pagar la pension á la manera que el dueño del predio sirviente sufre la carga de su servidumbre, hay diferencia entre un caso y otro, diferencia que se hace sentir en la accion y en el modo de utilizarla.

§ III.

Requisitos que han de concurrir en los censos.

Tres elementos son de necesidad para la constitucion del censo consignativo: capital, pension, y cosa en que se constituya; de cuyos requisitos vamos á ocuparnos.

Capital.—Han cuestionado los intérpretes sobre si el capital podia consistir en especie. Avendaño trata de este punto

en el cap. XXXVII, y despues de esponer en ocho números, desde el 4.°, las razones de los que sostienen que ha de constituirse en dinero, en el núm. 13 afirma que puede constituirse en otra especie con tal que no se falte á la justicia; funda su opinion: 1.°, en la significacion latísima de la palabra *dinero* (pecunia), que comprende todas las cosas y todas las especies: 2.°, en que por precio se entiende todo lo que se da por la cosa, aunque no consista en dinero contado; 3.°, que la compra-venta puede consistir en cosa estimada, como en dinero: citando en confirmacion leyes del Derecho Romano, que dicen que tasada desde el principio la cantidad, la compra y venta subsiste aunque no intervenga dinero contado; 4.°, que con arreglo á la ley *si pro mutua C. de rebus creditis*, es indiferente que el precio se entregue en dinero ó en otras especies, con tal que sea justo y legítimo, pueden sacarse de él los intereses correspondientes: *et inde possint usuræ provenire;* 5.°, que las Extravagantes de los Pontífices, las leyes del Reino, y la Constitucion de Pío V, lo que procuran es evitar el fraude, hacer que haya justicia en el precio; una vez que esto se consiga, lo mismo da que se constituya en dinero que en especie; 6.°, el cap. II de las córtes celebradas en Madrid en el año 1583, en el cual respondiendo á las peticiones de los procuradores del Reino, se dice: «A eso vos respondemos que el *proprio motu* que decis, no está recibido, antes se ha suplicado dél por el fiscal del nuestro Consejo;» 7.°, que en materia de censos, como lo que se busca es la justicia, se atiende á la cantidad, no á la calidad; 8.°, apoyándose en la autoridad, cita como de su opinion á Salazar, Navarro, Luis Lopez, etc. *(Núm. 21).*

Los partidarios de la opinion contraria alegan: 1.°, que siendo el censo una verdadera compra-venta, el precio ha de consistir en dinero, por ser de esencia en este contrato; 2.°, que asi está mandado por decretos pontificios, pues la Extravagante de Martino V, dice: *tunc integraliter in pecunia numerata solvi convenerat;* la de Calisto III: *certum competens pretium numerata pecunia;* y el *motu proprio* de San Pió V: *Rursum nisi pecunia*

numerata; 3.°, que los tres Pontífices no se limitan á declarar que el censo se constituya en dinero (pecunia), bajo cuya apelacion podria comprenderse cualquiera especie, sino que califican dinero contado *(numerata pecunia);* 4.°, que tendria lugar en este caso una de las conjeturas propuestas por los prácticos y reunidas por José Luis en el título de los contratos simulados, á saber: que se presume simulada la venta cuando el comprador dió en lugar de dinero, vestidos ú otras cosas; 5.°, el texto espreso de la ley 8.°, tít. XV, lib. V, Rec., que hablando de la constitucion del censo, dice: «Y que el dinero capital y suerte principal con que se hubiere de comprar y comprare el dicho censo, no se pueda dar todo ni parte alguna dél en plata labrada, ni en oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas ni joyas estimadas, sino que todo el oro de la dicha suerte principal se ha de pagar y se pague, y se cuente al principio todo el dinero en contado, sin intervenir otra cosa que non sea dinero de contado ni estimacion alguna dello;» que de esta opinion participan Rebufo, Albornoz y Feliciano, el cual en el lib. I de cens., cap. IV, núm. 10, en el vers. *ex quo subinde infertur,* añade: *et apud nos in supremo Regio consilio quotidie rescinduntur tales contractus;* cuyas palabras hacen relacion á la naturaleza del precio, pues si el defecto consistiera en ser usurarios, no se rescindirian, sino que serian declarados nulos; 6.°, que el hecho de haberse fijado el tipo de catorce por uno, supone que ha de intervenir una especie que tiene valor individuo *(individuum),* como dinero, no las demás especies que tienen valor natural pero no legal, etc.

Hasta aquí las razones espuestas de una y otra parte. Nosotros aunque tendríamos por mas probable la afirmativa, pues dificulta los fraudes, ha sido, segun se dice, sancionada por el Consejo, y está apoyada en la ley 6.ª, tít. XV, lib. X, Novísima Recopilacion, en el hecho de exigirlo para los censos vitalicios, que son reputados como consignativos, considerando que no está admitido en España el *motu proprio* sobre la constitucion de censos con dinero de presente *(Ley 7.°),* y que puede ser cómodo á los particulares constituirlo en especie sin

peligro de que sea usurario siempre que precede justa tasacion, creemos preferible la opinion negativa.

Pension.—Si el censo no ha de ser injusto, la renta ha de guardar proporcion con el capital. Las leyes han procurado siempre que así suceda, alterando á este fin los tipos, segun lo han exigido las circunstancias de lugar y tiempo. Avendaño trae curiosas noticias acerca de este punto en el cap. XXXII: el tipo del capital del censo ha variado desde el 20 por 1, al 15 por 1, al 10 por 1, en algunas provincias al 17 por 1 y al 12 por 1. El interés del dinero esplica sencillamente esta variacion.

Por Pragmática de Felipe II de 1583 *(Ley 6.ª, tit. XV, libro X)*, la pension en los censos al quitar, se fijó á razon de 14 por 1, *y que el precio justo de la dicha vida se entienda ser y sea á siete mil maravedis el millar, y á este respecto y no á menor precio.* Por otra de D. Felipe III de 1608 *(Ley 12, titulo XV, lib. V, Rec.)*, se redujo á 20 por 1. *No se pueda imponer ni constituir ni fundar censos al quitar á menos precio de* 20,000 *maravedis el millar, y los censos que en otra manera se hicieren sean en si ningunos de ningun valor ni efecto, y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él mas de á la dicha razon y respecto.*

Ultimamente, por Pragmática de D. Felipe V de 1705 *(Ley 8.ª)*, y por otra de D. Fernando VI de 1750 *(Ley 9.ª)*, se fijó para los de Castilla y Leon, y para los de la Corona de Aragon á 33 ⅓ por 1, ó sea á razon de 33,000 ⅓ el millar, advirtiéndose que los censos hasta entonces fundados debian quedar reducidos á este tipo, pues la disposicion era general y comprendia á los censos anteriormente constituidos, lo mismo que á los que en lo sucesivo se impusieran.

La pension deberia pagarse en dinero: la ley 3.ª, tit. XV, prohibe que los censos al quitar, se puedan hacer para que se hayan de pagar en vino, pan, aceite, leña, carbon, miel, cera, gallinas, ni en otro género de cosas que no sea dinero. Y porque en Galicia y otras provincias se constituian en fraude de la anterior ley muchos censos bajo el nombre de perpétuos é

irredimibles con espresion de pagar el rédito en trigo, vino y otros frutos, se manda por Pragmática de 1573 *(Ley 5.ª)*, que todos estos censos que se hubieren fundado y fundaren desde el año 1534 se consideren redimibles, juzgándose en todo por las leyes que de estos hablan, y estando por lo tanto, sujetos á la decision de la ley 3.ª antes citada.

Esto no obstante, en la ley 9.ª *(Pragmática de 1750)*, se añade que donde *estuviere recibida* la costumbre de poder ajustar el rédito en granos ó frutos se regule la paga de estos por la reduccion de la real Pragmática sin esceso alguno. Los artículos 1.° y 12 de la ley de 22 y el 12 de la 24 del mismo título, reconocen asimismo la existencia y validez de pensiones constituidas en granos ó especies que no sean dinero. Y asi se verifica en algunos puntos, aun con ventaja del censualista que para cobrar la pension no tiene que esperar que los censatarios hayan de ir á poblaciones quizás distantes á cobrar sus frutos.

Las cosas sobre que se impongan los censos han de ser fructíferas, inmuebles ó raices. Aunque no bastasen á probarlo las constituciones pontificias tantas veces citadas, que dan como supuesto este requisito, compréndese su necesidad por la naturaleza del censo; lo que en él se adquiere es el derecho á cobrar la pension, y mal podria pagarse de una finca que no fuese fructífera. Hay acerca de este punto perfecta uniformidad en los autores (AVENDAÑO, *cap. LIII, números* 2 *y* 3). Por cosas incorporales entiende el mismo autor en el capítulo LII, todos aquellos derechos que natural é inseparablemente van unidos á la tierra, v. gr., el derecho de pasto, de pesca, de diezmo y otros.

§ IV.

De las condiciones.

Aunque procuramos reducirnos á la naturaleza intrínseca del censo, estudiarle como derecho constituido, y prescindir

de la parte extrínseca que se refiere á la forma y á los accidentes de su constitucion, una idea trae otra idea. Las condiciones influyen sobre la naturaleza de este derecho, pueden hacerle mas gravoso y no es tan absoluto el principio de que los particulares dan la ley á los contratos que puedan alterar la esencia de un derecho legal. Util será espresar en cuatro frases el valor de ciertas condiciones unidas á los censos.

Dos principalmente examinan los autores: 1.ª La de no poderse enajenar la cosa censida á calidad de que caiga en comiso si se enajena. 2.ª Reservarse el comprador el derecho de tanteo. Para responder con acierto, distinguen entre los censos que no tienen precio señalado por la ley y los que le tienen, cuales son los redimibles ó al quitar. En los primeros, cuyo precio es solo el natural regulado por la estimacion prudente de los hombres, y el cual puede ser supremo, medio é ínfimo, se sostendrán los pactos si el censo se constituyere al precio supremo ó medio, porque á pesar de ser gravosos al vendedor, no se le causa perjuicio, si queda el contrato dentro de los límites del precio ínfimo. Pero si fuere constituido al ínfimo, que ya no admite baja en la esfera de lo justo, deberá aplicarse la misma regla que rige acerca de los que lo tienen tasado por la ley.

En cuanto á los segundos hay divergencia de opiniones; Gutierrez en el lib. II de las prác. cuest., y Avendaño en el cap. LXXXV y LXXXVI sostienen que son válidos. Su dictámen, sin embargo, no es el mas seguido. Las leyes solo pudieron tasar el precio de los censos para impedir que fuesen mas gravosos de lo justo á los censatarios. Nadie, que examine con detencion el asunto, podrá negar que los referidos pactos son un gravámen aparte del que lleva consigo el censo, y por consiguiente una disminucion en el precio: toda condicion disminuye el precio legal *cum quælibet conditio sit pars pretii* (AVENDAÑO, cap. LXXXV, núm. 3). Ninguna de las razones alegadas en apoyo de la opinion contraria es convincente. Avendaño dice que como en la constitucion del censo se crea una hipoteca legal eficacísima y un derecho real que es insepara-

ble del fundo, necesario es confesar que por la reserva de este derecho real y de la hipoteca introducida, á la vez que por la ley, por la voluntad de los particulares, se impiden la enajenacion y traslacion de la cosa censual al dominio ajeno por lo que nada tiene de particular que esta condicion se sostenga y sea objeto de pacto, *mirum non est, si ea conditio non alienandi rem sustineatur* (Núm. 5). Ni el censo es hipoteca, ni aunque lo fuese, la hipoteca impide la enajenacion de la finca. ¿Habria carga mayor y mas injusta que prohibir á un dueño disponer de una casa que vale mil solo por haber impuesto sobre ella un censo cuyo capital fuese de diez?

Tambien se alega que el derecho de tanteo no disminuye el precio por no ser gravoso al censatario mediante á que dándole el censualista el mismo precio que le ofreceria un comprador estraño, en nada le perjudica. Pero el perjuicio reconoce una causa mas alta; consiste en que admitido dicho pacto se dificultaria la venta por el recelo de que fuese preferido el que tenia ese derecho. Pruébase además que es una carga, porque si no fuese un beneficio para el censualista no lo solicitaria, y lo que es un beneficio para él, debe de ser un gravámen para el censuario. Si á pesar de esto, se halla esta cláusula en las escrituras de censo, ora se haya puesto por impericia del escribano, ora se haya consentido por pura deferencia, en ninguno de los casos debe valer.

Dúdase tambien acerca de los efectos de añadir al censo un pacto reprobado. Faria ad Covar. 3, Var., cap. VII, núm. 14, dice: que debe considerarse no escrito, pero que no hace nulo el contrato. No sucederia lo mismo si interviniera pacto conviniendo los contrayentes de una manera esplicita en que el precio fuese menor que el tasado por la ley. Analizado el caso, creen algunos que seria nula toda la convencion, pues las leyes 6.ª y 8.ª tít. XV, lib. X, Nov. Recop. repiten: que los contratos de censos que en otra manera se hicieren sean en sí ningunos y de ningun valor ni efecto. Pero Avendaño examina detenidamente este punto, y despues de hacerse cargo de las razones aducidas en pro y en contra, es de pare-

cer que no se vicia todo el contrato sino solo el aumento de la pension. Larrea, en la alegac. 25, núm. 8, y Sala en el núm. 38, tít. XIV, lib. II suscriben á este dictámen que tambien es el nuestro. Nos habrian hecho vacilar las palabras antes citadas, pero despues de ellas contiene la ley otras que perfeccionan la cláusula y determinan su sentido: *y no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él mas de á la dicha razon y respecto.*

Jurisprudencia.—El Tribunal Supremo ha declarado por sentencia de 28 de Octubre de 1862 que es válido el pacto convenido en las escrituras de imposicion de que los censualistas habian de percibir las pensiones íntegramente y libres de todo pecho ó tributo que real ó concejilmente pudiera imponerse en lo sucesivo: que este pacto lícito siempre y arreglado á las leyes que regian al otorgamiento de dichas escrituras en 6 de Febrero de 1582 no ha variado de naturaleza por virtud de las disposiciones posteriores.

La sentencia resuelve que ateniéndose al exacto cumplimiento de lo pactado en las escrituras, no se ha fallado á las siguientes disposiciones que se citaban como infringidas, la ley 6.ª, tít. XV, lib. X de la Nov. Rec., las notas 1.ª y 2.ª del mismo tít. y lib., conformes con las leyes 6.ª, 12 y 13, tít. XV, lib. V de la Nueva, la doctrina de los comentadores de Derecho, segun la cual, todos los pactos puestos en los censos, que por ser gravosos al vendedor disminuyen el precio, se deben considerar por no escritos, y por último, lo dispuesto en la ley de 23 de Mayo de 1845, base 1.ª, letra *A*, segun la cual y su núm. 5, están sujetos al pago de la contribucion de inmuebles, cultivo y ganadería, los censos, tributos, cánones enfitéuticos, foros, subforos, pensiones y cualquiera otra imposicion perpétua, temporal ó redimible establecida sobre los mismos bienes.

Como en el Derecho se hace mérito de la Bula de San Pio V que reprueba como usurarias ciertas condiciones unidas á los censos, y nosotros, alguna vez hemos tenido que citarla, creemos que no podemos escusar siquiera una indicacion, ya que

no entremos en su análisis, como hace Molina en el tratado de *jus et jur.*, disp. 389 y siguientes, porque la doctrina general nos sirve para formar juicio acerca de su valor y eficacia. Dichas condiciones son:

1.ª Que el censo se funde sobre bienes muebles ó semovientes.

2.ª Que al tiempo de su constitucion no sea preciso entregar el dinero ante escribano y testigos, y que baste la confesion de haberlo recibido.

3.ª Que el censuario deba pagar siempre anticipados los réditos.

4.ª Que el dueño de la finca hipotecada se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos: de suerte, que aunque aquella perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos.

5.ª El pacto de no enajenar.

6.ª Que si el censuario no pagare los réditos íntegros á los plazos convenidos, los abone de lo que deja de satisfacer, del mismo modo que de la suerte principal; ó quede aumentado el censo; ó lo funde nuevamente sobre la misma alhaja, ú otra que quede afecta á él por esta razon; ó haya de perder parte de ella; ó ser de su cuenta la solucion de sus cargas.

7.ª Que el censuario nunca haya de redimir el censo, ó á lo menos hasta que pase el tiempo que señalen, ó que deba redimirle precisamente en el término que fijen bajo alguna pena; ó que por otra causa se pueda repetir el capital.

8.ª Que aunque parte del censo se redima hayan de pagarse en lo sucesivo los réditos íntegros de todo el capital como si existiese impuesto.

9.ª Que al tiempo de la redencion deba pagar el censuario el capital con aumento ó en mejor moneda que la recibió.

§ V.

Efectos jurídicos.

Artículo 1.°

Derechos y deberes del censualista.

Derechos.—El interés del censualista y su principal derecho consisten en exigir la pension, por lo que independientemente de la accion personal, nacida del contrato, le asiste la accion real que produce el censo una vez constituido. Acerca del modo de ejercitarla, la práctica en defecto de convencion espresa, ha establecido varias reglas. El censualista pueden dirigirse contra el poseedor de la finca sin haber hecho escusion de los bienes del deudor. No tiene otro objeto la prevencion que, segun Febrero, ha de hacerse en el otorgamiento de la escritura. Solo habiendo precedido pacto y no de otra manera puede, en caso de dividirse la finca entre varios acreedores, pedir á cada uno de ellos el todo. Este pacto, dice el indicado autor, parece duro é injusto: pero como el derecho de percibir la pension es individuo, y el censualista tiene accion real á perseguir la hipoteca donde se halle, no debe perjudicarle la division hecha sin su beneplácito. Dirigiéndose contra el que posee la finca, no solo puede demandar las pensiones del tiempo en que fué poseedor, sino las anteriores, segun el principio establecido en cuanto al pago de tributos por la ley 7.ª, tít. IV, lib. XXXIX, Dig. Está igualmente autorizado para pedir del poseedor ó del que lo hubiera sido antes que él, las pensiones que este dejó de satisfacer, salvo quedar en favor del primero el derecho de repeticion.

El Sr. Laserna, apreciando los efectos del censo con sujecion á las últimas reformas producidas por la ley Hipotecaria, espresa que á semejanza de lo que sucede respecto de las hipotecas, el acreedor por pensiones atrasadas solo podrá recla-

mar contra la finca acensuada con perjuicio de otro acreedor hipotecario ó censualista posterior, los intereses de los dos últimos años que estén en descubierto, y la parte vencida de la anualidad corriente *(Art. 114 y 117, ley Hipotecaria).*

Le corresponde tambien la facultad de exigir que el censuario imponga sobre otra finca el capital, si la primera no le ofreciere bastante garantía ó fuese privado de ella.

Y por último, la de pedir el reconocimiento, que es el acto en virtud del cual se renueva por el poseedor de la finca en que se impuso el censo, la obligacion contraida á favor del censualista.

Deberes.—Formalizar la correspondiente escritura y registro: cumplir los pactos y no compeler al censuario á la redencion sino en los casos prevenidos en el derecho.

Artículo 2.º

Derechos y deberes del censuario.

Derechos.—Se reducen á disfrutar las utilidades del capital impuesto sobre la finca, y á eximirse del pago de la pension cuando se haya estinguido el censo.

Deberes.—Manifestar las cargas ó tributos á que estuviere afecta la cosa, bajo la pena de restituir con el 2 tanto la cantidad que hubiere recibido por el nuevo censo, segun dispone la ley 2.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec., y de incurrir en una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio causado, si procedió con fraude como preceptúa el art. 455 del Código penal. Conservar en buen estado la finca gravada, advirtiendo esta obligacion á los nuevos poseedores cuantas veces se enajene: pagar la pension en el tiempo y forma prevenidos: libertar del censo la finca en el caso de haberla vendido como libre, y sin perjuicio de estar tenido á la eviccion: cumplir finalmente los pactos impuestos, no siendo de los reprobados por las leyes.

§ VI.

De la estincion del censo.

En la práctica se distinguen tres casos: O se estingue del todo y entonces el censuario queda libre absolutamente del pago de la pension: ó se estingue solo en parte, lo cual sucede si se reduce la que anteriormente se pagaba, ó mediante la prescripcion caducan varias annalidades: ó cesa la obligacion en el antiguo censualista, pero continuando en otro que se le subroga.

Artículo 1.°

Modos de estinguirse en el todo.

1.° *Por perecer completamente la cosa censida.*—Siendo el censo la venta pro-indiviso de parte del derecho en la cosa sobre que está consignada, menester es, segun dice Molina *(Dispos.* 385, *vers. contrarium)*, que concluya el derecho pereciendo la cosa. Vela en la Disert. 35, núm. 21 y siguientes, añade que apenas correría riesgo alguno el comprador del censo, si pereciendo la finca sobre la cual y sus réditos compró el derecho de exigir la pension, continuase el vendedor obligado á pagarla: la posicion de este seria por el contrario doblemente desgraciada, pues se quedaria sin la cosa y con la carga de satisfacer la pension de frutos ó réditos que ya no percibia. Por esto han considerado los autores como acto ilícito que el censo se constituya sobre todos los bienes del censatario, pues podria perder la mayor parte de su fortuna, y tener sin embargo que sufrir aquel gravámen. Tampoco es cierto que en él se contraiga verdadera obligacion personal, por la cual el censuario ó sus herederos que no posean la cosa censida deban pagar las pensiones; pues aunque se habla de censos reales y personales y la ley 9.ª parece confirmar esta division, contando tres especies de censos consignativos, reales, per-

sonales y mixtos; sabido es que nó existen semejantes censos personales; el legislador al mentarlos, conformándose con el modo vulgar de hablar, no manifestó deseo de reconocerlos y aprobarlos, lo que dijo fué que todos, sin distincion de nombres, deberian quedar reducidos al tipo de 100 por 5.

2.° *Por hacerse la cosa completamente infructífera.*—Hay en este caso la misma razon que en el anterior: pues de la cosa que se ha hecho completamente estéril é infructífera puede decirse que ha perecido. No obstante: si esto sucediera por dolo ó culpa del censatario, aunque se estinguiria el censo por falta de objeto en que poder subsistir, podria repetir el precio y lo que interesase, como afirma Sala citando á otros en el núm. 39. Si la ruina ó el deterioro se produjo sin culpa suya, en tanto se considera estinguido el censo en cuanto carece de derecho el censualista, mientras la finca permanezca arruinada ó infructífera, para exigir las pensiones y para obligar al deudor á que reponga la cosa á su estado primitivo; pues si se hiciera fructífera, si siendo un edificio volviera á levantarse, la opinion mas probable es que renaceria el censo. Llamamos la mas probable esta sentencia, aunque no sea la mas general, porque esto mismo se verifica cuando perece la cosa sobre que gravita alguna servidumbre ó alguna hipoteca, segun afirman los autores en el primer caso, y lo confirma en el segundo la ley 29, tít. I, lib. XX, Dig.; pues como el censo consignativo, sin ser, propiamente hablando, servidumbre ni hipoteca, se parece á uno y otro derecho, es mas justo citar esa doctrina que no invocar el ejemplo de lo que sucede en el usufructo. Preciso es que éste concluya por perecer la cosa, pues se concede mientras dure y á calidad de que se conserve su sustancia: no sucede asi con el censo, que impuesto para garantir una obligacion, subsiste la causa de la garantía aunque sufra alguna alteracion la cosa censida.

La lógica y la conveniencia vienen de consuno en apoyo de esta doctrina. Del mismo modo que renace el censo si la cosa que se hizo infructífera volviera á producir frutos, debe renacer si se repone despues que ha perecido, v. gr., si se

reedifica la casa ó se recobra un terreno inundado por las aguas. No nos parece tan diferente el caso que haya de resolverse por distintos principios. Pero aun sin esto la solucion contraria dejaria comprometidos los intereses de los censualistas, y aunque una prudente confianza es recomendable, no tanto que pueda servir de incentivo á la mala fé.

3.° *La dimision.*—Se estingue el censo por dimision cuando el censatario desampara la cosa censida en favor del censualista. Avendaño recuerda en el cap. CX, núm. 6, las dificultades de este medio comunmente empleado por insolvencia del deudor. Rodrigo Suarez, despues de mucho divagar, distingue tres casos: 1.° Cuando el rédito se paga limitadamente por razon del fundo, entonces, el censatario aunque sea un tercer poseedor que reconoció el censo, se libra cediendo el fundo: 2.° Cuando se constituyó principalmente sobre la persona afectando al mismo tiempo alguna finca ó todos los bienes, en cuyo caso no se eximirá de pagar las pensiones cediendo la finca al acreedor: 3.° Cuando no procura librarse dimitiendo la cosa, sino dando en pago á sus acreedores los bienes censuales, lo cual no podria hacer: pues si la práctica permite, que se entreguen los bienes á los acreedores, es con la carga de los censos. Avendaño, en el núm. 12, afirma que la dimision es posible, pues como el censo no es carga personal, sino real, un derecho y carga á la vez inherente al fundo, el censatario queda libre, si le dimite: que del mismo modo que el censo concluye pereciendo ó haciéndose infructífera la cosa, procede que el censatario se exima de él entregándola: que ni el censo es personal, ni puede afectar á todos los bienes, por lo que debe concluir entregando la finca especial y determinadamente afecta.

El censualista, con efecto, no podia menos de aceptar esta dimision, si bien era con reserva de su derecho, en el caso de desperfectos abusivos. Esta doctrina legal admitida y declarada por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Enero de 1859, ha sufrido sin embargo una notable limitacion por la ley Hipotecaria, cuyo art. 151 declara que el censatario no

tendrá derecho á desamparar la finca acensuada, cuando se deteriorare ó hiciere menos productiva, mientras el rédito que deba devengar el capital que represente el valor del predio, alcance á cubrir el importe de las pensiones.

La estincion del censo por renuncia que el censualista haga del capital, no ofrece tantas dificultades.

4.° *Redencion.*—Tambien en este punto se diferencia el censo consignativo del enfitéutico y reservativo: el dueño que se ha reservado en el uno los derechos dominicales y en el otro el derecho de cobrar una renta libre de los cuidados de administracion, no manifiesta deseos, quizás no tiene interés en que concluya el censo. Por el contrario, en el consignativo como no ha hecho mas que entregar un capital, parece que no se le causa perjuicio en devolverle su dinero que puede emplear con el mismo ó mayor fruto en otra especulacion: asiéntale perfectamente el calificativo de *censo al quitar*, pues á juzgar por el contesto de la ley 5.ª, tít. XV, no dejaria de ser redimible ni aun por pacto en contrario.

La regulacion debe hacerse conforme al resultado de los títulos ó segun la costumbre, y en último término como mandan las leyes.

Si la redencion ha de ser de todo ó en parte, ha sido tambien cuestion dudosa. Avendaño espone en siete números del capítulo CVII las razones de los autores que creen lo primero, en los cuatro restantes sostiene y prueba lo segundo. Consiste su argumento capital en que los contratos censuales son por naturaleza dividuos, y asi empezaron á celebrarse comprando uno por veinte el millar ó mas ó menos segun uso del tiempo y la frecuencia de dichos actos; de manera que segun la consecuencia necesaria deducida de la causa eficiente, debia permitirse y permitieron las constituciones pontificias la redencion por parte: pues nada hay tan natural como el que las cosas se disuelvan por las mismas causas que se celebran.

Gutierrez modificaba este principio espresando en la cuestion 174 que la parte que se haya de redimir sea mediana, v. gr. la tercera ú otra al arbitrio del juez, atendida la

cantidad del censo y la de las personas. A Sala le parece adecuada la advertencia. Nosotros hallamos este caso decidido por la ley 16 del tít. XV, que dicta las reglas que debian seguir las juntas municipales en la redencion de censos. En conformidad con ella decimos que si se estipuló la redencion por partes, deberá ser cumplido el contrato; pero cuando nada se hubiese convenido podrá satisfacerse por mitad el capital que no esceda de cien mil reales y por terceras partes si fuera mayor, aunque se hubiese pactado lo contrario.

Aunque el censualista no puede compeler al censuario á que redima el censo, pues, segun dice Solís, *alioquin non esset census, sed mutuus, et contractus involveret contineretque usuram* (lib. I, capítulo VIII, núm. 18) le compete por escepcion esta facultad en dos casos: 1.° cuando no manifestó las cargas á que estaba ya sujeta la finca sobre que se consignó el censo; y 2.° cuando el censuario, despues de haber citado al censualista para llevar á cabo la redencion, quisiera retractarse.

Por último, si el censualista rehusare recibir el dinero y otorgar la escritura de redencion, el juez, á instancia del censuario, declara redimido el censo despues de hacer depositar á riesgo y con citacion del censualista el capital que importe.

Artículo 2.°

Modos de estinguirse en parte.

1.° *Por hacerse infructífera en parte la cosa.*—Los efectos de la pérdida parcial de la finca no han sido apreciados de una manera uniforme. Molina, Vela y Faria opinan que haciéndose infructífera ó pereciendo en parte la cosa, se estingue parcialmente el censo, aunque de la restante se obtengan frutos bastantes para pagar la pension. Los fundamentos de su dictámen son: 1.°. que lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á la parte: 2.°, que el censo se halla de tal modo distribuido en la cosa que todo está en toda ella, y parte en la parte: 3.°, que es decla-

racion espresa de la cláusula 8.ª del *motu proprio* de San Pio V, cuyo caso y otros declaratorios del antiguo derecho deben subsistir, no obstante su prohibicion.

Cencio y Sala sostienen la doctrina contraria, oponiendo á estas razones las siguientes: 1.ª, que el censo está simplemente constituido sobre la cosa y cada una de sus partes, luego si lo que queda basta para el pago de la pension, debe subsistir en el acreedor el derecho para exigirla: 2.ª, el principio de que la cosa perece para el señor, que es el censuario: 3.ª, la posibilidad de constituir otro nuevo censo, y por lo tanto, la de conservar mas fácilmente el antiguo; y 4.ª, el creer que el censo no debe ser considerado con relacion á la cosa, sino á sus frutos.

Publicada la ley Hipotecaria, ha cesado el motivo de esta dificultad. Segun ella, cuando la finca acensuada llega á ser insuficiente para responder del pago de las pensiones, conviene distinguir la causa: si ha sido por voluntad del censuario, además de la responsabilidad en que incurre, puede ser obligado por el censualista á imponer sobre otros bienes la parte del capital que deja de estar asegurada por la disminucion del valor de la finca, ó á redimir el censo, entregando todo el capital *(Art. 150)*.

Si el deterioro proviniese de caso fortuito, este no podrá desamparar la finca ni exigir la reduccion de las pensiones, mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose aquel al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo. Pero si el valor del predio acensuado se disminuyere hasta el punto de no bastar su rédito líquido para pagar las pensiones del censo, puede optar el censatario entre desamparar la misma finca ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservase, siendo de advertir que si despues de reducida la pension, se volviera á aumentar por cualquier motivo el valor de la finca, el censualista podrá exigir el aumento proporcional de las pensiones; pero sin esceder nunca de su primitivo importe *(Art. 151 y 152)*.

2.° *Reduccion.*—La disminucion de los productos anuales de un censo puede provenir de la ley ó de la voluntad de los interesados. Tenemos ejemplo de lo primero en las leyes 8.ª y 9.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. La disminucion como efecto del contrato se funda en la indisputable facultad del censualista para renunciar á parte de su derecho. Por eso la reduccion de los censos pertenecientes á mayorazgos y capellanías, debe de ser consentida por el inmediato sucesor y el patrono, y aun eso no esclúye que se verifique con intervencion del juez.

La reduccion de la parte redituable del capital estingue parte del censo; pero no supone la redencion parcial del mismo; pues aunque la alteracion en la renta influye necesariamente en el precio, la cantidad permanece invariable.

3.° *La prescripcion.*—Al contar la prescripcion entre los modos parciales de estinguirse el censo, nos colocamos en el número de los que suponiendo imprescriptible el capital, juzgan que solo prescriben las pensiones. Mas no faltan autores que considerando el censo como obligacion mixta le aplican las reglas de prescripcion establecidas para las de su clase por la ley 63 de Toro. Los redactores del Proyecto de Código, decidiéndose por esta opinion, han declarado que el capital del censo pueda prescribirse por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, que empiezan á contarse desde el último pago de la pension (1553, 1969).

No estrañamos esta doctrina ni la criticaríamos si fuese ley; pero en el estado actual de la cuestion nos parece la contraria mas fundada. En todo censo concurren dos actos diferentes: el derecho del censualista y la obligacion del censuario; aunque en vez de ser así, fueran dos las obligaciones, la jurisprudencia no admite que estinguida la accesoria, haya de concluir la principal. El censualista, anticipando un capital, compra el derecho de cobrar ciertas pensiones; supóngase en buen hora que se estinguieron las que dejó de percibir, ¿se dirá por eso que ha perdido tambien el capital? No hay censo alguno que imponga esta precision al censualista, que casti-

gue quizás su generosidad con esta pena. Si por prestarse un capital y pactar el pago de una pension ánua, se pretende aplicar al censo consignativo efectos peculiares del mútuo, contestaremos que no hay analogía entre un contrato y otro; que del mútuo al censo no se debe argüir. En el mútuo se entrega un capital imponiendo al mutuatario la obligacion de devolverle: en él es legítima la prescripcion porque es presumible la renuncia ó punible el abandono. ¿Sucede lo mismo con el censo? El censualista carece de derecho para reclamar el capital y hasta para compeler al censatario á la redencion. Si fuere culpable de negligencia en no haber cobrado las pensiones, la prescripcion le castiga por esta falta, pero nada seria mas violento que privarle tambien del capital.

Nos conformamos, pues, con la doctrina de Febrero, tanto mas, cuanto que en el antiguo, lo mismo que en el moderno, continuado y adicionado por respetables jurisconsultos, se supone que este caso se halla senteñciado y ejecutoriado.

Artículo 3.°

De la subrogacion.

Solo por esta causa se estingue el censo con respecto al anterior censualista, pues la subrogacion no es mas que un acto en virtud del cual éste sustituye á otra persona en su lugar, cediéndole enteramente sus derechos y acciones.

La cesion puede verificarse por título oneroso ó gratuito, y aunque no es necesario que concurra el censuario, á quien le es indiferente contribuir á una persona ú otra con la pension, no obstante es útil que reconozca al nuevo censualista á quien para el objeto de hacer efectivos sus derechos, se entregará la escritura primordial de la constitucion del censo y la de subrogacion.

El contrato por el que se convienen el censatario y un tercero en que éste redima el censo poniéndose en su consecuencia en lugar del censualista, se ha considerado tambien como

un medio de subrogacion. Los Sres. Laserna y Montalban respetan esta opinion, pero se separan de ella, fundándose en que un censo redimido es un censo estinguido, en el cual por consiguiente no hay términos hábiles para la subrogacion.

Para resolver esta dificultad convendria analizar los términos del recurso de casacion de 2 de Diciembre de 1858. El Tribunal Supremo, haciendo aquella declaracion, se limitó á sancionar los efectos legales de un contrato válido: bajo la garantía de una obligacion aceptada y cumplida por los interesados dedujo como consecuencia en el negocio ventilado, que la ley de 14 de Agosto de 1841 no prohibe el allanamiento del censatario á que ejerza el derecho de redimir un censo una tercera persona subrogándose en lugar del censualista.

Hay otra especie de subrogacion por parte del censatario, la cual tiene lugar si tratase de sustituir la finca anteriormente gravada con otra nueva, bien suya ó bien de un tercero; pero esta no debe hacerse sin anuencia del censualista por el peligro de que siendo peor no le ofrezca la misma garantía que la antigua.

§ VII.

Utilidad de este censo.

Nos reducimos á examinar las ventajas ó inconvenientes del censo, pues estando autorizado por el derecho, la ley nos dá la mejor prueba de su justicia. La justicia del censo consignativo consiste principalmente en que por él se verifica una verdadera compra-venta, no de las cosas sujetas á la hipoteca, ni de aquellas sobre las cuales señaladamente se constituye el censo, sino tan solamente del derecho de percibir los réditos anuales provenientes de los frutos de la cosa inmueble censual en que se halla impuesto, en cuya compra interviene el precio que es el capital por el que se adquiere el censo, y la merced que es la pension ó el rédito ánuo (AVENDAÑO, *cap. XVI*, *núm.* 12). El autor continúa probando que nada tiene de usurario, porque si lo fuera, si la ley careciese

del medio de evitar abusos que podrian nacer á la sombra de esta como de cualquiera otra institucion, la Iglesia y el poder temporal no los hubiesen tolerado. Y aunque de un supuesto pudiera arguirse en favor del otro, alguna vez han pasado á la sombra de la ley instituciones poco convenientes: ¿será una de estas el censo? ¿qué testimonios, qué argumentos se aducen en contra de su utilidad? Veámoslo. Mateo Lopez Bravo, en el núm. 3 de *rege et regendi ratione* es de dictámen que los censos son peores que la usura, porque de ellos se sigue y origina la disminucion de las negociaciones y se aumentan los ociosos. Pedro Fernandez Navarrete, en uno de su discursos politicos ó conservacion de las Monarquias, el 39, fol. 270, afirma que mientras haya en la república juros y censos, no habrá estimacion de la labranza. D. Alonso de Olea, en el tit. VII, cuestion 2.ª, núm. 7, de *cesione jurium,* aplaudiendo las disposiciones de las leyes 2.ª, tit. XV, y la 1.ª, tit. XVI, lib. X de la Novisima Recopilacion que prohiben que se impongan nuevos censos sobre fincas que ya están gravadas con otros, ocultando esta cualidad, esclama: ¡ojalá nuestras leyes no solo prohibieran semejantes fraudes sino que impidieran ó por lo menos no permitieran, sino con conocimiento de causa la imposicion de nuevos censos que disminuyen el patrimonio de los ciudadanos, hacen á los hombres ociosos é inútiles y minoran la agricultura y el comercio! A este torrente de autoridades cierra la plana D. Vicente Vizcaino, que en el año de 1766 publicó sus discursos politicos sobre los estragos que causan los censos. Su crítica es por demás severa: mirando á los censos como fuente de la ociosidad, los consideraba autores de todos los vicios, creyéndolos enemigos declarados de la propiedad, les achacaba la ruina de los edificios, el atraso y decadencia de las poblaciones.

El abuso ha producido males: ni la imparcialidad permite negarlo ni lo exige su defensa. Casas hay magníficas á la vista, mas de insignificante valor porque son un archivo de escrituras censuales, cuyo peso, que abruma al propietario, es casi motivo de descrédito el dia que pretende enajenarlas. La

propiedad aparece desfigurada, y hasta envilecida con semejantes cargas. Pero despues de reconocer todas las desgracias que pueden afligir á una familia, no cometamos la indiscrecion de confundir la necesidad con el remedio: como remedio el censo es menos gravoso que enajenar la finca ó tomar dinero á préstamo.

Lo que bajo este punto es útil al hombre menesteroso, no es perjudicial al censualista, el cual puede dar colocacion á sus capitales aunque con menos interés, con mas seguridad.

Difícil seria, por último, que este recurso que sin exigir un sacrificio, enjuga una lágrima, fuese dañoso á la sociedad. El estado no lo ha creido así, y dejando espedita la accion de los particulares, ó interviniendo solo para prestarles auxilios, conserva el censo con la esperanza de que pueda alguna vez ser útil en las transacciones de la vida.

Ha pasado ya el tiempo de las exageraciones de escuela: las cosas y las instituciones van haciendo su camino empujadas por la necesidad ó sostenidas por la costumbre, y aunque por las combinaciones mercantiles en que tan fecundo es el espíritu económico de nuestros dias, el propietario cuente con mas alivio en sus apuros, no condenemos los censos por ser censos, podemos reconocer sus inconvenientes sin achacarles las ruinas de las propiedades: que es mal modo de discurrir *post hoc ergo propter hoc.*

CAPITULO VI.

DE LA PRENDA Y DE LA HIPOTECA.

---

§ I.

De su naturaleza como derecho en la cosa.

Ley 1.ª, tít. XIII. Part. V.—*Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña á otro apoderándole de ella, é mayormente cuando es mueble. Mas segun el largo entendimiento de*

la ley, toda cosa quier sea mueble ó raiz que sea empeñada á otri puede ser dicha peño: maguer non fuese entregado della aquel á quien la empeñasen.

Estrañan los autores ver comprendidas bajo un título y denominadas con el mismo nombre la prenda y la hipoteca; pero cualquiera que sea la exactitud de la palabra *peño*, no se puede negar que es gráfica y á propósito, segun el lenguaje de aquel tiempo, para espresar la idea que representa. Por la misma razon el uso ha consagrado la voz hipoteca, que atendiendo al idioma griego, de donde se deriva, significa el acto de poner una cosa debajo de otra como para sostenerla.

El derecho de prenda é hipoteca, haciendo abstraccion de las cosas sobre que recae, no es mas que uno: lo constituye el derecho real que un acreedor tiene sobre cosa ajena para seguridad de su crédito y con facultad de enajenarla, caso necesario, para hacerse pago de él. No hay mas diferencia, sino que el acreedor con prenda adquiere la posesion de la cosa que forma el objeto de su derecho: el hipotecario obtiene la garantía de la finca, pero no su posesion. Acerca de ambas especies rigen por punto general idénticos principios, mas como no lo son sus consecuencias si se atiende á las cosas, medios y fines de su constitucion, de aqui es que se definan y se traten por separado como nosotros vamos á hacerlo estimando la mayor importancia que tiene la hipoteca. La prenda es segun el proyecto de código «derecho del acreedor para retener en su poder las cosas muebles que se le entregan para seguridad de su crédito.» La hipoteca «es un derecho real que el acreedor tiene sobre los bienes inmuebles del deudor sujetos al cumplimiento de una obligacion.»

Por su origen la hipoteca es un contrato que supone la existencia de un crédito, al que debe servir de garantía: por sus efectos constituye una alteracion en el estado del dominio.

Ambos caractéres son esenciales, el segundo sin embargo llama hoy principalmente nuestra atencion. La hipoteca, objeto constante de la solicitud del legislador, ha adquirido una importancia inmensa despues de la última ley hipotecaria. Aun-

que habríamos omitido todo exámen sobre no poderle hacer con la profundidad que exige tan delicada materia, debemos siquiera presentar sus bases á continuacion de la propiedad, de la cual es un agregado, una forma.

No nos disimulamos el peligro de dividir una doctrina que estudiaríamos mejor bajo un plan en su conjunto: ocúrrenos el mismo temor que espusimos ya hablando de los censos: pero no es culpa nuestra el doble aspecto de ciertas instituciones. Limitándonos en este sitio á presentar un bosquejo histórico sobre el sistema hipotecario, reservaremos el estudio de la ley para lugar mas oportuno.

§ II.

Caractéres de la hipoteca.

El carácter distintivo de la hipoteca es su adherencia á la finca, la cual es tan estrecha que la sigue como la sombra al cuerpo sean cualesquiera sus cámbios y trasmisiones. El código napoleónico representó ese efecto propio de la hipoteca definiéndola: un derecho real sobre los inmuebles afectos al pago de una obligacion, derecho indivisible por su naturaleza y que los sigue sean cualesquiera las manos á que pasen *(artículo* 2114*)*.

A este principio responde perfectamente el art. 105 de la ley Hipotecaria declarando que las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor.

No es como la servidumbre una desmembracion de la propiedad que limita los derechos del dueño, es un derecho real adherido al cumplimiento de una obligacion que subsiste en la finca aunque se venda y aunque haya caido en comiso, suponiendo que estuviese dada en enfitéusis, de cuya eficacia que casi salva el límite de lo justo, dá una idea el reglamento para la ejecucion de la ley Hipotecaria, cuando en su art. 102 dis-

pone que las hipotecas inscritas serán rigorosamente cargas reales, y mientras no se cancelen, podrán hacerse efectivos directamente los créditos hipotecarios, no obstante cualquier derecho posterior adquirido sobre los bienes hipotecados.

Indivisibilidad.—Hé aquí el segundo distintivo de la hipoteca, no porque como hace observar Troplong, sea la hipoteca de suyo mas indivisible que el crédito, del cual es un accesorio; pero hallándose reconocido el antiguo principio de derecho que se estienda á todos, y á cada uno de los bienes hipotecados, y á todas, y cada una de las partes de los mismos bienes, la ley la declara indivisible, que es tanto como si lo fuera naturalmente. *Tantum operatur fictio legis cuantum veritas.* Esta indivisibilidad ha sido establecida en interés comun del deudor y del acreedor: en interés del acreedor para darle mayores seguridades; en interés del deudor para que halle con mas facilidad quien le preste.

Las consecuencias de este principio terminantemente consignado en las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXXII, lib. VIII, Cód., bosquejado en la ley 15, tít. XIII, Part. V, y que consagran todas las legislaciones, han sido desenvueltas como vamos á indicar por la nuestra Hipotecaria.

La hipoteca subsistirá integra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligacion garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (Art. 122). *Tota est in toto; et tota in cualibet parte.* Si en nuestras antiguas leyes no se encuentra tan claro el precepto del artículo, hay motivos para deducirle de sus frases y de su espíritu: la ley 40 del referido tít. XIII proclama terminantemente la subsistencia de la hipoteca, mientras no se cancele. La 43 viene á consagrarle de una manera mas especial, pues dice: *por un debdo rescibiendo algun ome muchas cosas á peños puédelas vender si quisiere, ó alguna dellas. E non tan solamente las puede vender por todo el debdo, mas aun por una partida de lo que fincase por pagar de la debda.*

Si una finca hipotecada se divide en dos ó mas, no se dis-

tribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor (Art. 123). Cuando en estos términos se hace la distribucion, la antigua hipoteca queda estinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes, cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por el contrario, *no verificándose esta distribucion podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera ó contra todas á la vez:* la razon es porque subsiste la hipoteca antigua que es indivisible.

Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel á quien interese la caucion parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca, art. 124: no tendria objeto la hipoteca de un crédito que habia dejado de existir; por eso cuando el pago se hubiese hecho sin determinacion del crédito, consultando la condicion siempre favorable del deudor, le deja elegir la finca que haya de quedar libre. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar á la liberacion de una ó de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

Por último, cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias, no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberacion de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho. La razon de la indivisibilidad obra de lleno en este caso, pues los bienes hipotecados constituyen una sola hipoteca.

Pueden hipotecarse varias fincas á un crédito. Para evitar el inconveniente perjudicial á la propiedad de que se las grave en el todo, es hoy necesario despues de la ley, y segun ella dice, pues de esto no debemos ocuparnos, que se determine la cantidad ó parte de gravámen de que cada uno deba responder.

Estension.—Este epígrafe nos llevaria mas lejos de lo que conviene á nuestro propósito si hubiéramos de analizar la hipoteca en todas sus fases y aplicaciones. Pero aunque prescindamos de las cosas que pueden ser hipotecadas *(Art.* 106*)*. y de las que no pueden serlo (108), suponiendo la hipoteca legalmente constituida, permítasenos preguntar cuáles son los límites de este derecho. Resultado es de su adherencia al suelo su estension, ¿qué aconseja la ciencia? ¿qué dispone acerca de eso la ley? La doctrina de los accesorios tiene aplicacion en la materia: si solo los bienes inmuebles son hipotecables, las cosas muebles que se les unen no podrán serlo sino en cuanto formando un todo con ellos, participen de su misma naturaleza. Con efecto, las leyes 15 y 16 del tít. XIII de la Partida V, siguiendo á las romanas, estendieron el derecho de hipoteca á las accesiones naturales, á las mejoras y á las rentas y frutos no percibidos al vencimiento de la obligacion: sirvióles de fundamento el que estas agregaciones debian comprenderse entre los bienes inmuebles, ó por su naturaleza, ó bien por su adherencia al suelo. Lo que las leyes de Partida establecieron, se hallaba admitido sin distincion por todas las legislaciones sábias. Era un deber de la comision no prescindir de ello: imitando á los redactores del Proyecto del Código civil, aunque dando mayor estension á las aplicaciones, como debia hacerlo para evitar en la práctica dudas y dificultades, consignó el mismo principio en los siguientes términos: *La hipoteca se estiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas, al vencer la obligacion, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.* (Artículo 110).

§ III.

Diferentes especies de hipotecas.

Artículo 1.°

Voluntaria, judicial y legal.

.... *Son tres maneras de peños, la primera es la que facen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes unos á otros por razon de alguna con que deban dar ó facer. La segunda es cuando los juzgadores mandan entregar á alguna de las partes en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta, ó por razon de rebeldia, ó por juicio que es dado entre ellos ó por cumplir mandamiento del rey. Ca tales peños ó prendas como estas se facen como por premia. Estas dos maneras de peños se facen por palabra. La tercera es la que se face calladamente. maguer non es y dicha ninguna cosa: assi como se muestra delante de los bienes del marido, como son obligados á la muger, como por peños, por razon de dote; é de los otros que son obligados al rey por razon de rentas, ó de los derechos que cogen por él* (Ley 1.ª).

Tres clases de hipotecas distingue la ley: la convencional que se constituye por voluntad de los particulares obligando el deudor todos ó parte de sus bienes para seguridad del pago de una deuda ó del cumplimiento de un contrato: la judicial que se constituye por el juez en los bienes del deudor para que el acreedor quede asegurado y satisfecho de sus créditos, y la legal que recibe este nombre, porque no se constituye ni por voluntad de las partes, ni por mandamiento del juez, sino por disposicion de la ley. Hasta aqui la doctrina de Partidas, mas como en materia de hipotecas existe una ley especial, cúmplenos indicar su contenido en órden á esta triple division.

Hipoteca voluntaria. — El Código francés y algunos que le siguen, llaman á esta hipoteca convencional. Habria sido indi-

ferente una palabra ú otra siempre que no se equivocase la idea; pero es mas exacta la empleada por la ley y que antes habian usado los redactores del Proyecto de Código; porque, como desde luego se conoce, en esa locucion que define la hipoteca por la causa, y no por el modo, tiene natural cabida la testamentaria que no procede de la convencion, y no obstante recibe su fuerza de la voluntad: tal por ejemplo acontece cuando el testador dejando alimentos á una persona por toda su vida dispone que quede hipotecada especialmente una finca suya para la seguridad de su pago.

Guarda conformidad con estos principios el art. 138, segun el cual son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyan.

Hipoteca judicial.—Las leyes romanas la dividieron en dos clases: una introducida por el pretor, que se llamó pretoria, como consta de las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXII, lib. VIII del Código, y otra propiamente judicial: la primera la constituia el juez poniendo al acreedor en posesion de todos ó parte de los bienes del deudor que se declaraba en rebeldía sin querer comparecer en juicio ni contestar la demanda. Entre nosotros tenia lugar cuando en caso de rebeldía hubiera elegido el demandante la via de asentamiento conforme á lo prevenido en las leyes 1.ª y 2.ª, tít. V, lib. XI. La segunda se hallaba establecida con distinto objeto. Cuando á consecuencia de mandamiento de ejecucion, embargábanse bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el crédito y demás gastos que se causaran hasta su pago, quedaban por este hecho hipotecados para garantía del acreedor debiéndose tomar razon de dichos bienes en la Contaduría de Hipotecas, si fuesen raices, con arreglo á lo dispuesto en el art. 953 de la ley de Enjuiciamiento.

Al redactarse el Proyecto de Código Civil, la seccion discutió acerca de esta hipoteca, derivada de la ley romana y que sobre tener el apoyo del derecho pátrio se habia admitido en el Código francés y otros. No estuvo sin embargo confor-

me con ella porque, como afirma el Sr. Goyena, examinado el punto histórico, falta la analogía entre estas legislaciones, y si se atiende á la esencia no hay motivo plausible para aceptar una novedad rechazada por los mas eminentes jurisconsultos de Francia.

Nuestra ley de Enjuiciamiento Civil autorizando al juez para que en los pleitos seguidos en rebeldía pueda á instancia de parte decretar además de la retencion de los bienes muebles el embargo de los inmuebles en cuanto sea necesario para asegurar el éxito del juicio, constituye una hipoteca judicial sobre la cosa raiz, con prohibicion absoluta de vender, gravar ú obligar los objetos que comprende. Hipotecas judiciales son asimismo las que establece al tratar de las sentencias del embargo preventivo, juicio ejecutivo, procedimiento de apremio; así como la hipotecaria que en sustitucion á la antigua fianza personal exige á los tutores y curadores.

La comision, despues de apreciar estos antecedentes, creyó que á la denominacion antigua de hipoteca judicial debia sustituir la de anotacion preventiva para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su dia la sentencia tenga cumplida ejecucion.

Semejantes anotaciones limitadas á asegurar las consecuencias de un juicio no declaran ningun derecho ni convierten en real el que antes no tenia este carácter. El acreedor que ha obtenido á su favor una anotacion preventiva, cuyo objeto sea garantir las consecuencias de un fallo, solo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraido con posterioridad á la anotacion. Algunos hubieran preferido que en vez de este sistema que puede comprometer la santidad de la cosa juzgada, que no aleja el peligro de que el deudor venda ó grave sus bienes inmuebles con desprecio y en fraude de una ejecutoria, se hubiese declarado que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo una hipoteca convertida, segun la ley, en una inscripcion sobre determinados bienes. La comision se ha hecho cargo de este argumento, y despues de recordar el objeto de tales anotacio-

nes en los varios casos en que con arreglo á la ley pueden tener lugar, sostiene que el registro es innecesario, porque no procede dar á una sentencia efectos ulteriores: «la autoridad de la cosa juzgada, dice, solo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecucion de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento sin perjuicio de otros que tengan igual ó mejor derecho; no en dar al vencedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencias sobre otros acreedores dignos de igual proteccion que el que se anticipó á litigar ó que obtuvo antes una sentencia favorable».»

No creemos necesario analizar los números correspondientes del art. 42, y menos determinar los efectos de las anotaciones como han sido desenvueltos en el tit. III de la ley Hipotecaria. Nos basta con haber indicado el orígen y estado actual de las antiguas hipotecas judiciales.

Hipoteca legal.—El derecho de hipoteca nace algunas veces directamente de la ley y va afecto á un crédito sin necesidad de espresa constitucion para garantizarle. De aqui viene el llamarla tácita y necesaria: es lo primero porque se la considera como convencion tácita *(quasi id tacite convenerit)*; es lo segundo porque no se constituye ni por voluntad de las partes, ni por mandamiento del juez, sino que proviene de la ley, la cual por miras de órden superior presta esta garantia á ciertas y determinadas personas.

Con arreglo á nuestras antiguas leyes podia ser simple y privilegiada: la primera no concedia otra preferencia entre las demás de su clase que la prioridad de la fecha. La segunda fundaba su preferencia en la causa ó motivo de su constitucion, y en concurrencia de otras segun el órden de prioridad.

En principios no hay oposicion atendible que hacer á las hipotecas legales. Los códigos las han conservado respetando el motivo de alta prevision que les habia dado orígen. Tampoco la ley Hipotecaria las suprime: solo que sustituido al antiguo sistema de hipotecas generales y ocultas el de la especialidad y publicidad, que constituyen su base, la acepcion antigua de la frase legal ha cambiado. Hoy entendemos por

ella el derecho ú obligacion de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raices ó derechos reales que sean hipotecables, sin que el obligado pueda escusar el deber que tiene de prestarla. Segun el artículo 158 y 160 de la ley, las personas á cuyo favor establece hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitucion de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla siempre que sean hipotecables, y esto aunque haya cesado la causa que le diere fundamento como el matrimonio, la tutela, la pátria potestad ó la administracion, con tal que esté pendiente el cumplimiento de la obligacion que se debiera haber asegurado.

Los autores que han escrito con anterioridad á la ley Hipotecaria, presentan la lista de las personas que disfrutan de una ú otra clase de hipotecas legales: simples ó privilegiadas. No reproducimos su contenido porque produciria confusion esponer una doctrina que acaba de sufrir tan trascendental reforma. Partiendo la ley, dicen los Sres. Laserna y Montalban, del principio de que no debia ser mas solícita en proteger los derechos individuales que aquellos á quienes inmediatamente corresponden, y de que cuando éstos teniendo capacidad no exigen hipotecas voluntarias para garantía de las obligaciones, nada justifica que la ley venga á darles una hipoteca legal constituyéndose su tutora, ha reducido las hipotecas legales al número absolutamente indispensable para auxiliar personas desvalidas, cuya situacion exige particular vigilancia por parte del legislador ó venir en ayuda de otros intereses que por causa diferente deben ser mirados con prediileccion, ya por afectar al bien general, ó ya porque se presume que han tenido los particulares voluntad de estipular la garantía.

El art. 157 ha declarado que son únicamente hipotecas legales las ordenadas espresamente en la ley. El art. 168 las establece:

1.° En favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos por las dotes que les hayan sido entregadas so-

lemnemente bajo fé de escribano (y por la confesada en el caso del artículo 171).

Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley;

Por los parafernales que, con la solemnidad anteriormente dicha, hayan entregado á sus maridos;

Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad.

2.° En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres por los que éstos deban reservarles segun las leyes y por los de su peculio.

3.° En favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles.

4.° En favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores ó curadores por los que éstos hayan recibido de ellos y por la responsabilidad en que incurrieren

5.° En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos:

Sobre los bienes de los que contraten con ellos ó administren sus intereses por las responsabilidades que contrajeren con arreglo á derecho;

Sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida, y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.

6.° En favor de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

Artículo 2.°

Hipotecas generales y especiales, tácitas y espresas.

Hemos llegado á la cuestion magna en materia de hipotecas. Inútil es que este derecho sujete á una finca al cumpli-

miento de una obligacion, si el contratante no es dueño de ella ó la tiene gravada por responsabilidades anteriores, y si aun con esto no pierde la facultad de enajenarla. No ha habido legislador que no haya advertido este inconveniente de la hipoteca tácita, y que no haya tratado de ponerle remedio. Los griegos colocaban sobre la heredad hipotecada signos visibles que garantizaban á los acreedores de toda sorpresa. Los romanos en sus principios verificaban los préstamos escribiendo el nombre de los deudores y el importe de la suma prestada en papeles domésticos que eran mas que documentos títulos: verificado el pago, se borraba el nombre y el crédito quedaba estinguido. Para ocurrir á las necesidades idearon mas tarde como garantía de los préstamos la prenda de las cosas muebles, la hipoteca para las inmuebles. Por el modo de constituirse al principio las hipotecas ofrecian perfecta seguridad á los acreedores. Segun el sistema seguido para la trasmision de los inmuebles, creyeron que la hipoteca no podia ser constituida de otra manera que por la entrega del fundo al acreedor, el cual debia conservarle en su poder hasta el reembolso de la deuda: consecuencia de esto era que el deudor no pudiese vender ni hipotecar el fundo cedido, puesto que la venta y la hipoteca exigian una tradicion actual. Aparte de este método, copiaron tambien de los griegos el uso de poner carteles en la finca hipotecada espresando el crédito y el nombre del acreedor. Cambiado el derecho bajo los Emperadores, abolidas las antiguas fórmulas de la venta y bastando el solo pacto para la tradicion de las fincas, la hipoteca empezó á constituirse por el simple efecto de la obligacion, de la cual vino á ser un accesorio: y no paró aquí la novedad, sino que dando al pacto una estension de que no era susceptible, fué permitido constituirla sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

Es decir que de un estremo se pasó al otro: los signos materiales fijos en una heredad solo eran peligrosos para el propietario, cuya situacion se hacia demasiado pública, y al cabo tenian la ventaja de recomendar á los ciudadanos prudencia y

reserva para tratar con él; mas la hipoteca constituida por actos ocultos no dejaba garantía alguna contra la mala fé *(Discurso 105)*.

La inseguridad de las obligaciones y el ejemplo de tristes desengaños llevaron consigo el descrédito del sistema hipotecario. El real decreto de 1855, deplorando estos males que afectaban directamente el crédito territorial, demostró la necesidad y dió á conocer las tendencias de la reforma.

«Nuestras leyes Hipotecarias, decia, están condenadas por la ciencia y por la razon, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dán autoridad á la circulacion de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisicion á los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente á los que sobre esta garantía prestan sus capitales.»

En esto como en la mayor parte de los negocios de la vida, conocer la causa del mal es tener casi la probabilidad de haber acertado con el remedio. Nosotros estamos plenamente convencidos de que la comision encargada de redactar la ley Hipotecaria, cambiando la base del sistema, sustituyendo á las hipotecas generales y tácitas, las especiales y públicas, ha herido la dificultad, y ha resuelto el problema. Y decimos resolver el problema, no porque improvise una reforma, sino por haber aceptado la solucion mas justa en el estado actual de la ciencia.

La especialidad de la hipoteca está reconocida como el mejor, como el único sistema posible. Esta idea, nacida en Alemania, ha dado vuelta al mundo, recibió los honores de la escuela, fué discutida en los Parlamentos y debia necesariamente tomar posesion en los códigos. Al discutirse el de Napoleon, en ese solemne debate que abarcó los puntos fundamentales del derecho, no se olvidó ni podia ser olvidado el de la publicidad de la hipoteca. Los grandes jurisconsultos del Imperio agitaron esta cuestion muchas veces debatida, aunque no siempre resuelta de una manera uniforme. Nos

interesa hoy tanto mas aquel debate, cuanto que verificada la reforma, pueden dirigirse á nuestra ley las mismas observaciones con que se trató de desacreditar este sistema en Francia.

Objeciones. 1.ª «Se rechaza la especialidad de la hipoteca como contraria al derecho de propiedad. El hombre puede ofrecer como garantía de sus compromisos los bienes de todas clases presentes y futuros: es una precision inútil, es una violencia obligarle á que hipoteque determinados bienes.» La contestacion á esta dificultad es sencilla: la obligacion y la hipoteca son cosas distintas: responde el hombre á la primera con sus bienes: ni aun esto, la mejor garantía de un hombre honrado, es su palabra; pero cuando se prescinda de esta buscando mayor seguridad, no necesita el deudor obligar todos los bienes, puesto que el acreedor solo le exige que le afiance con una parte de ellos.

2.ª «Que semejante espectativa es quimérica: que la especialidad no logra su objeto; pues estando en el interés del acreedor que la garantía sea lo mas ámplia posible, exigirá que el deudor le hipoteque todos los bienes.» Hay en este argumento mucha exageracion: podria sin duda descarlo asi cuando ni aun con semejante precaucion estaba seguro de su crédito; ¿pero podrá imponer ese gravámen á su deudor cuando sin tanto dispendio está satisfecho de obtener los mismos resultados?

3.ª «Qué viola el secreto de las familias.» Las cuestiones de preferencia sacando á la luz pública las muchas deudas, los muchos compromisos, si que descubren y comprometen el poco crédito de un hombre arruinado, pero la hipoteca que no es el anuncio público, que no es un pregon, no descubre el estado de su fortuna y puede hacerle mas ordenado y mas prudente en sus gastos.

4.ª «La publicidad de la hipoteca altera el crédito y perjudica á la circulacion.» Se hace aqui de la dificultad supuesto: precisamente por evitar ese abuso, del que pudiera aprovecharse un prestamista de mala fé, se ofrecen al propietario

recursos en el crédito dignamente reconocido de sus propios bienes.

5.ª «El peligro de los olvidos, de los errores ó de las prevaricaciones de que pudieran ser culpables los encargados del registro.» Por demasiado general es inaceptable este reparo, que á ser cierto, que á ser posible, nos haria renunciar á todas las precauciones en el mundo.

6.ª «El respeto que merecerá siempre la autoridad de los romanos, nuestros maestros en legislacion.» Despues de conocer toda la impertinencia de esta observacion, que parte del supuesto de que hoy solo se sabe lo que se sabia en Roma, y de que nuestra sociedad sin consideracion á tiempos ni circunstancias, está obligada á vivir como vivia aquella, para descartarla del debate, nos limitaremos á reproducir la contestacion del consejero Treilhard, «nosotros no aceptamos un respeto servil, y estos profundos jurisconsultos, cuyo saber y penetracion hemos admirado tantas veces, se indignarian de un homenaje que no se tributaria mas que á su nombre. Han sido frecuentemente nuestra guia, pero hemos deferido mas que á su autoridad á su razon.»

Olvidamos como de menos interés, cualquiera dificultad nacida del tiempo y forma de verificar este registro, ó porque el deudor abusara contrayendo casi sin intervalo distintas obligaciones, ó porque fuese incierto el interés de la hipoteca. Una buena ley se encarga de remediar á estos inconvenientes, y el sistema actual de codificacion, resolviendo el mayor número de casos dudosos, es el mas á propósito para conseguirlo. Pero no podemos omitir el último argumento.

7.ª «A lo menos dicen los enemigos de la publicidad de la hipoteca no se puede negar que la inscripcion de las hipotecas legales es inútil, porque siendo la ley quien las establece, no pueden perderse por falta de formalidad.» Tampoco este argumento quedó sin contestacion, pero debemos decirlo, es como si no se hubiese contestado, el legislador habia reconocido su fuerza porque en él precisamente fundaba toda la escepcion.

La publicidad tiene que ser incompleta mientras queden

subsistentes las hipotecas generales: la especialidad es el complemento necesario de aquel principio. Aquí está el error, este ha sido el defecto de la legislacion francesa.

El sistema germánico reconoce por bases la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas. Nuestra legislacion fué de las primeras en copiarle; pero admitiendo á su lado escepciones que neutralizaron las ventajas del principio. Con arreglo á nuestro antiguo derecho todas las hipotecas así legales como judiciales podian ser generales y especiales: las voluntarias podian ser además mixtas de una y otra. La hipoteca general abrazaba todos los bienes del deudor, no solo los que tuviera al tiempo de constituirse, sino tambien los que adquiriese hasta el cumplimiento de la obligacion, salvo los que por razones particulares quedaban esceptuados *(Ley V, tit. XIII, Part. V, art.* 951 *de la ley de Enjuiciamiento Civil).*

La hipoteca convencional venia á ser mixta de general y de especial cuando se designaban algunas fincas sobre las que recayera este gravámen, obligándose además ó sin perjuicio los bienes restantes habidos ó de por haber, de donde procede la calificacion de principal que se daba á la primera y subsidiaria que es como se ha llamado á la segunda.

Entre los modernos códigos, el francés ha adoptado un sistema mixto que, prescribiendo la publicidad para la hipoteca voluntaria, ó sea la llamada convencional, deja oculta la legal.

¿Cuáles son los fundamentos de la escepcion? ¿lo que es bueno para la generalidad puede ser malo para las personas que disfrutan de esta hipoteca? Diremos sobre esto cuatro palabras.

La ley francesa establece la hipoteca legal en favor de tres clases de personas, las mujeres sobre los bienes de sus maridos para la conservacion de los bienes dotales etc., los menores é incapacitados sobre los bienes de los tutores, para responder á las resultas de la administracion, y el Estado, las municipalidades ó establecimientos públicos, sobre los bienes

de sus administradores y apoderados; dispensando á los dos primeros números de la necesidad de la inscripcion.

No desconocia el legislador la importancia y hasta la inconsecuencia de la escepcion; pero pretendia disculparla alegando las circunstancias estraordinarias de estas personas que no debian ser responsables de las omisiones, de los fraudes de sus representantes. La pérdida de su hipoteca, decia el orador del gobierno, por falta de inscripcion los castigaria de una falta que les era completamente estraña: ha sido preciso declinar todas sus consecuencias sobre los maridos y los tutores, y aun sobre los terceros que han tratado con ellos, porque los primeros tienen que reprocharse su prevaricacion ó al menos su negligencia, y los últimos su imprudencia.

El prestigio del código ha acreditado este sistema que solo por su influencia se ha estendido á diez y ocho estados y que todavía no obstante hallarse desautorizado en su propio pais, tiene partidarios y representantes en todas partes. Recordaríamos aquí todas las discusiones, todas las controversias que la hipoteca de la mujer casada, de los menores y de las personas incapaces de administrar sus bienes, ha producido entre nosotros. El Sr. Goyena ha tenido á su disposicion y podido sacar á luz preciosos documentos, pero aunque seria asunto digno dar á conocer el resultado de informes y dictámenes que hacen honor á los altos y respetables tribunales de que proceden, se nos figura, que publicada la ley Hipotecaria, no ofrecen ya el mismo interés. Los ilustrados redactores de dicha ley han consultado todos los precedentes, han meditado todas las razones, han comparado todos los códigos, han recibido el encargo de remediar una necesidad, y, volvemos á decirlo, han creido que no hay mas que un sistema aceptable: el que tiene por objeto la publicidad y la especialidad de las hipotecas. En la luminosa esposicion que precede á la ley se esplican acerca de la hipoteca legal en estos términos: «No presenta tantos inconvenientes el sistema que, admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas, que sin necesidad de contra-

to especial, y solo en virtud del beneficio de la ley, protegen los intereses de personas desvalidas, ó aseguran créditos á que el derecho presta especial amparo y garantía. Pero este sistema que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable á juicio de la comision. Amalgama de dos sistemas que se escluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspeccion de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, despues de asegurarse por el registro de la propiedad de que sus garantías son buenas, despues de adquirir por el registro de hipotecas la conviccion de que ningun otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal, desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene á frustar sus cuidadosas investigaciones, á convertir un contrato calculado con toda prevision y prudencia en un juego de azar, y á privarle de su derecho.»

§ IV.

Del registro de hipotecas.

Nuestros antiguos Códigos, copiando las disposiciones romanas sobre hipotecas, debian ofrecer iguales inconvenientes. Con objeto de impedirlos se estableció el oficio ó registro del mismo nombre, que destinado á hacer conocidos los gravámenes de la propiedad inmueble, dictó las primeras reglas de publicidad. Esa innovacion cuenta entre nosotros una fecha no despreciable: digámoslo en elogio de sus autores que se anticiparon algunos siglos á la última reforma. Tuvo desde su origen esta institucion altísimos objetos; pues aunque el principal consistiese en garantir la propiedad y evitar infinitos pleitos que pudiera producir el secreto de algunos gravámenes, servia además para facilitar datos estadísticos, á fin de conocer el valor de la riqueza territorial de cada provincia

y procurar la mas equitativa distribucion de las rentas públicas.

Por lo mismo que tan importantes eran sus fines, convenia que fuesen ámplias y completas las leyes que desenvolviesen esta institucion: si lo fueron ó si han debido ser mejoradas, lo conoceremos haciendo una breve historia.

El registro ú oficio de hipotecas se creó por disposicion de D. Cárlos y Doña Juana de 1539, que es la ley 1.ª, título XVI, lib. X. *Allí se prescribe que en cada ciudad, villa ó lugar donde hobiere cabeza de jurisdiccion, haya una persona que tenga un libro en que se registren todos los censos é hipotecas de las casas y heredades, y que no se registrando dentro de seis dias despues de que fueron hechos no hagan fé, ni se juzguen conforme á ellos, ni sea obligado á cosa alguna ningun tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor, y que tal registro no se muestre á ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fé, si hay ó nó algun tributo ó venta á pedimento del vendedor.*

Remediaba esta ley el mayor inconveniente del antiguo sistema hipotecario que era la falta de publicidad. Mediante el registro que estableció, era posible tomar noticia de algunos gravámenes.

Mas no habia de ser este pais la escepcion de todos: la reforma que en época mas adelantada tanta oposicion encontrara en el vecino imperio, que tuvo por contraria la autoridad inmensa del severo y probo d'Aguesseau; la publicidad, objeto de tantas contrariedades, que ni aun logró arraigarse con la poderosa iniciativa de Colbert, habia de ofrecer dificultades para su ejecucion. Por mas útil que la ley fuese, miráronla los particulares con prevencion, descuidando su cumplimiento en términos de poderse afirmar que jamás le tuvo de una manera definitiva.

Casi dos siglos despues, á consulta del Consejo, publicaba el Sr. D. Felipe V una Pragmática *(ley 2.ª del mismo título)*, encargando la observancia de la anterior, con las correspondientes prevenciones, á saber: que los tribunales, jueces ó

ministros que contravinieren á ella, por el propio hecho y sin otra ninguna prueba fuesen privados de oficio: que se pagasen los daños con el cuatro tanto, aplicando la tercia parte para el denunciador, y lo restante á los hospitales y casas de beneficencia; que para la mayor seguridad de los registros, el oficio se estableciese en los ayuntamientos de todas las ciudades, villas y lugares; que los instrumentos se hubieran de registrar por los escribanos de ayuntamiento, interponiendo los jueces ordinarios su autoridad, así para el registro como para la saca; que si acaeciese perderse los protocolos y registros y los originales, se tuviera por original cualquier copia auténtica que de dicho registro se sacare; que respecto de que para registrar todos los censos y escrituras de venta otorgadas hasta aquella fecha, seria necesario dilatado tiempo se señalase para los que en adelante se otorgaren los mismos seis dias de la ley, y para los ya otorgados el término de un año; y mediante que esto causaria gran desórden en los derechos de registro y en las copias, que se hubiesen de dar siempre que las partes las necesitaran: que asimismo se arreglasen á los aranceles reales por entonces y hasta la publicacion de otros nuevos: que el que no lo hiciere, por el mismo hecho fuese privado de oficio y restituyera lo que hubiese llevado de mas, con la pena del cuatro tanto; lo cual se ejecutare irremediablemente, bien en poca, bien en mucha cantidad, y que fuesen obligados á poner los derechos al fin de dichos instrumentos, como está dispuesto en la ley 12, tit. XXXV, libro XI. Concluye la Pragmática con la siguiente declaracion: *Y porque de la guarda y custodia de estos registros depende la conservacion de los derechos de todo el reino y de los vasallos; que no solo hayan de estar en las casas capitulares, sino tambien á cargo de las justicias y regimiento de ellos; de tal modo, que al que para su despacho nombraren, ha de ser de su cuenta y riesgo, y no le han de admitir sin el mas riguroso y exacto exámen y sin las fincas convenientes, y lo que en otra forma ejecutaren, ha de ser de su cargo y satisfaccion, con mas, los daños que se causaren.*

Ni aun con esto se logró el fin apetecido: el 31 de Enero de 1768, publicó el Sr. D. Cárlos III una Pragmática *(Ley 3.ª)*, en la que recopilando lo anteriormente acordado sobre hipotecas, se encuentran las siguientes disposiciones: que los escribanos de ayuntamientos tengan en uno ó en muchos libros foliados y encuadernados, registros separados en los que tomarán precisamente razon de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos y tributos, ventas de bienes raices ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pía, y generalmente todos los que tuvieran especial y espresa hipoteca ó gravámen, con espresion de ellos, ó su liberacion y redencion: que estos asientos se hiciesen por años; que la escritura que habia de registrarse era la primera copia, debiéndose verificar dentro de veinticuatro horas de reconocida; que en caso de haberse perdido la primera, se admitiera otra copia autorizada por el juez; que la toma de razon se limitase á referir la fecha del instrumento, nombre y vecindad de los otorgantes, calidad del contrato, obligacion ó fundacion, y los bienes raices hipotecados con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos, segun se especifique en el instrumento: que por bienes raices se entiendan tambien los censos, oficios y otros derechos perpétuos, que pueden admitir gravámen y constituir hipotecas; que en el documento presentado se pusiera la nota siguiente: *Tomada la razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal*, al fólio tantos en el dia de hoy, y con fecha y firma se devolviera á la parte; que los escribanos debian advertir á los interesados la obligacion que tenian de registrar dichos instrumentos dentro de seis dias, si fueren otorgados en la capital del partido que es el lugar del registro, y dentro de un mes si fuese en otro pueblo del distrito; que tambien estaban sujetos al registro los instrumentos anteriores á la publicacion de esta ley, si querian perseguir las hipotecas; pero cumplian con presentarlos antes de demandar en juicio, etc.

Por resolucion á consulta del Consejo de 27 de Setiembre de 1777 *(Ley 4.ª)*, se mandó tomar razon de todas las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas, dictándose en ocho artículos las reglas necesarias.

Espondremos con brevedad las consecuencias que se deducen de las anteriores disposiciones, únicas que comprende el tit. XVI.

El objeto de la Pragmática fué que se registraran todas las escrituras, por las que ó se constituyera un derecho real, ó se impusiera algun gravámen en los bienes inmuebles, á fin de hacer público su estado, notorias sus cargas. Para conseguirlo no reparó en dar á esta obligacion carácter retroactivo, aunque con escaso acierto en los medios. En su art. 2.º se lee: *por lo tocante á instrumentos anteriores á la publicacion de esta ley, cumplirán las partes con registrarlos antes que los hubiesen de presentar en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas, bien entendido que sin preceder la circunstancia del registro, ningun juez podrá juzgar por tales instrumentos ni harán fé para dicho efecto, aunque le hayan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas ó verificacion del gravámen de las fincas.*

Por demás era exigir la publicidad de las hipotecas si tratándose de tantas como existian á la publicacion de la Pragmática se dejaba al arbitrio de los interesados verificar el registro cuando quisieran utilizarse de la escritura; es decir, antes de presentarse en juicio y solo para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas.

No eran justas, no eran convenientes semejantes ocultaciones una vez que se habia reconocido y se habia mandado como necesaria la publicidad etc.: asi fué, que por auto acordado del Consejo de 28 de Enero y consiguiente circular de 26 de Febrero de 1774, se previno que las Chancillerías y Audiencias del Reino dispusieran que en todos los pueblos de sus respectivos territorios se fijase edicto con el término de sesenta dias perentorios para que dentro de él las personas que tuvieren censos á su favor ó hipotecas, acudiesen á tomar

razon de las escrituras en las Contadurías de Hipotecas de sus partidos, en cuyo término no se escusasen estas á tomar la citada razon con el pretexto de haberse constituido el censo con anterioridad á la promulgacion de la real Pragmática *(Nota* 2.ª).

Y en otra circular de 1.° de Julio del mismo año, consiguiente á decreto del Consejo de 21 de Junio, se prorogó por un año mas el término asignado en este auto, para que dentro de él se tomase la razon en la Contaduría de Hipotecas de las escrituras de censos en la forma prevenida en ella *(Nota* 2.ª).

En el largo período trascurrido desde aquella fecha hasta la publicacion de la nueva ley, el sistema hipotecario ha permanecido estacionado; sea por defecto del sistema ó por resistencia pasiva de algunos hombres interesados en vivir en las tinieblas, ó por falta de titulacion, falta escusable en un pais que ha pasado por tantas vicisitudes, no se ha hecho en todo ese tiempo otra cosa que fijar plazos y conceder prórogas. Como este trabajo ocuparia algunas páginas y no vemos gran necesidad de hacerlo existiendo una ley especial, nos limitaremos á recordar algunas disposiciones. Pueden consultarse en este particular la real Instruccion de 29 de Julio de 1830, y reales órdenes de 31 de Octubre de 1835, 22 de Enero y 24 de Octubre de 1836 y 24 de Agosto de 1842.

En 28 de Diciembre de 1842 se publicó otra real órden mandando suspender los efectos de la disposicion anterior hasta que se adoptara una resolucion definitiva.

Tambien el real decreto de 23 de Mayo de 1845, en sus artículos 18, 19 y 21 contiene declaraciones relativas á este asunto. Mas la real órden de 11 de Abril de 1848 se dejó sin efecto la de 24 de Agosto de 1842 por la que se fijaba todo el año de su fecha para la presentacion de los documentos antiguos al registro así como cualquiera otra que contrariase lo dispuesto por la Pragmática sancion de 1768; previniéndose en otra de 12 de Diciembre de 1849 que la

facultad de ampliar los plazos señalados para el registro de documentos en casos particulares, es de la prerogativa de S. M.

El real decreto de 26 de Noviembre de 1852, mas esplicito que los anteriores, señaló para cumplir esta formalidad doce dias contados desde el dia siguiente inclusive al del otorgamiento para las escrituras de venta y toda clase de contratos si se otorgan en los mismos pueblos en que estuviere establecida la oficina en que deban registrarse. El de cuarenta dias para esas mismas escrituras y contratos, si se hubieran otorgado en otro pueblo dentro de la peninsula. El de veinte dias contados desde el siguiente inclusive al de la primera toma de razon para la segunda presentacion de aquellos documentos que por referirse á mas de una finca y radicar éstas en diferentes pueblos, deben registrarse en mas de una oficina de hipotecas de las de una misma provincia. El de cuarenta dias para esa misma segunda presentacion, si ha de hacerse en pueblo de diferente provincia de la en que se hizo la primera. El de veinte dias para las presentaciones sucesivas. El de quince dias, contados desde la fecha esclusive de la adjudicacion ó de la aprobacion judicial, para los documentos de herencias en propiedad ó usufructo en que haya particion, entendiéndose lo mismo respecto á los legados y donaciones *mortis causa*, si las particiones se han hecho en el mismo pueblo donde exista la oficina de hipotecas, en que deba tomarse razon por radicar en él algunos de los bienes heredados. El de cuarenta dias si las particiones se hubieran hecho en algun pueblo en donde no exista la oficina en que deba registrarse. El de cuarenta y veinte dias respectivamente para las segundas presentaciones de los documentos de herencias para cuyos casos se califican como los de los otros contratos. El de sesenta dias contados desde el siguiente inclusive al del fallecimiento del testador ó causante de la herencia si no hay particiones.

Pasando por alto otras resoluciones de Agosto de 1853 y Enero de 1855, recordaremos la de 18 de Octubre de dicho

último año mandando que se admitan al registro de hipotecas todos los documentos antiguos que carezcan de este requisito, prévio el pago de los derechos y multas que estuvieran fijados á la fecha de su respectivo otorgamiento.

Por circular de 20 de Marzo de 1860, trasladando la real órden de 18 de Enero, se concedió próroga de cuatro meses para la toma de razon de los documentos que careciesen de este requisito.

En real órden de 26 de Julio se prorogó por cuarenta y cinco dias el plazo concedido para el registro con relevacion de multas de los documentos que carezcan de esta formalidad.

En circular de 30 de Diciembre se trasladó la real órden de 18 del mismo mes concediendo un nuevo plazo de dos meses para la presentacion de documentos en el registro de hipotecas con relevacion de multas.

De este modo se han sucedido las prórogas hasta que por real órden de 7 de Octubre de 1862, en atencion al considerable número de solicitudes de perdon de multas, se prorogó hasta fin de año la admision en los registros de hipotecas, prévio el pago de derechos, pero con relevacion de multas, de todos los documentos obligados á esta formalidad y que carecen de ella.

La última reforma destinada á poner plan y concierto en las hipotecas ha evitado el mas grave inconveniente de las antiguas dictando reglas para la inscripcion de las obligaciones contraidas y no inscritas antes de la publicacion de la ley. Los estímulos que establece son la fijacion de un plazo dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley y la relajacion del rigor con que las disposiciones fiscales castigaban á los omisos.

Diremos por conclusion que el oficio de hipotecas tiene en España una antigüedad respetable: que no ha sido del todo defectuoso para lo que era de esperar en su tiempo, pues la ciencia es segura pero lenta en sus conquistas, que su atraso admite disculpa porque aquí habia arraigado el sistema de hi-

potecas generales, lo cual neutralizaba sus buenos efectos; aquí la propiedad habia sufrido terribles convulsiones, y sabido es que una buena titulacion ó el medio de suplirla, son el primer elemento de un buen registro.

§ V.

Del impuesto hipotecario.

El oficio de hipotecas que por mucho tiempo solo fué considerado como un depósito de garantía civil, vino á convertirse en oficina para recaudar un impuesto: los dos caractéres reunen hoy los oficios de hipoteca, habiendo producido esta amalgama mas de un conflicto, segun puede verse comparando las leyes del derecho comun que le regularizan como depósito de garantía, y las del derecho administrativo que se sirven de él como oficina de recaudacion.

Por real decreto de 31 de Diciembre de 1829 se mandó exigir un medio por ciento del capital sobre que versaren los contratos de ventas, cámbios, donaciones y demás clases que contuviesen traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles pagadero en el acto de la toma de razon en los oficios de hipotecas.

En 29 de Julio de 1830 se publicó una instruccion compuesta de cuarenta artículos dirigidos á facilitar la recaudacion del referido impuesto. La obligacion de pagar el derecho señalado por el real decreto anterior, corria por cuenta del adquirente, quedando siempre y especialmente hipotecado el inmueble para garantía del pago: los escribanos debian hacer la oportuna prevencion acerca de la nulidad de las escrituras por falta del cumplimiento de la instruccion y poner al fin de las originales, sus copias y testimonios la siguiente cláusula: «Y de este instrumento público se ha de tomar razon dentro de.... dias en el oficio de hipotecas de este Partido (y de los demás si las fincas correspondiesen á otros distintos) sin cuyo requisito á que ha de preceder el pago del

derecho señalado en el real decreto de 31 de Diciembre de 1829 no tendrá valor ni efecto» *(Art. 14)*. Todos los documentos, tanto públicos como privados que, otorgados desde 1.° de Enero de 1830, careciesen del registro de hipotecas, prévio el pago del medio por ciento, no serán admitidos en juicio, ni producirán efecto alguno legal *(Art. 8)*.

Como se vé, esta disposicion vá mas allá que la Pragmática, pues declara que las escrituras que carezcan de registro de hipotecas, prévio el pago de medio por ciento, no producirán efecto alguno, mientras que ésta se limita á declarar que no producirán efecto para la persecucion de las hipotecas ó fincas gravadas. Aunque no es lo regular que una disposicion administrativa derogue una ley y así lo declaró la real órden de 17 de Agosto de 1831, no por eso es menos cierto que la divergencia existe.

Esta legislacion, al principio diminuta, tuvo su complemento en el real decreto de 23 de Mayo de 1845 que, dando nueva organizacion al impuesto de hipotecas, hizo de él una contribucion general. Semejante precepto, y la circular de 28 de Agosto de 1845, comprensiva de varias reglas para la recaudacion del impuesto, aunque acomodadas á su objeto, quizás no lo estaban tanto al que se tuvo presente para la creacion de los registros. Su parte penal ha perjudicado indirectamente á la publicidad y ha producido no pocas cuestiones.

Segun el art. 20 del decreto, todas las escrituras de los contratos que especifica, contendrán la cláusula de nulidad, si dentro de los plazos prefijados no se presentan al registro las copias autorizadas. El 40 dice: que todo título ó documento sujeto al registro que aparezca sin la nota correspondiente que acredite estar registrado, será nulo y de ningun valor, en juicio y fuera de él. El 41 y 42 establecen las multas en que incurren los individuos que en los plazos fijados no presenten al registro las escrituras y documentos sujetos á él y los que disminuyeren el valor ó precio de la cosa contratada.

Con tal motivo han surgido las siguientes dudas: Si la nu-

lidad se estiende á los contratos ó solo se refiere á las escrituras como medio de prueba. Algunos han creido que la intencion del legislador no pudo ser otra que inutilizar el documento, como medio de prueba, segun parece darlo á entender el referido art. 8.°, que declara nulo el título y documento. Otros interpretan estas palabras de distinto modo: considerando que seria ilusoria la ley, si fuesen dueños los particulares de utilizar otras pruebas, suponen que declara nulo el contrato. Que tal sea la mente de la disposicion es indudable; pero aquí nace otra dificultad, ¿será nulo el contrato en su totalidad, ó solo la hipoteca como derecho accesorio ó subsidiario? Tambien esta cuestion ha dividido á los autores, más aunque al establecer como obligatorio el registro se haya señalado una pena para conminar á los omisos, único medio de hacer efectivo el impuesto, de esto no deberia inferirse que sea nulo el contrato, sino únicamente la hipoteca que le sirve de garantía.

Pregúntase igualmente si estando señalada una multa para castigar á los que en el plazo prefijado no cumplieren con aquella formalidad, evitaria el moroso la pena de nulidad conformándose á satisfacer dicha pena. Depende la contestacion de la inteligencia que se dé á los arts. 40 y 41, pues el uno dice que es nulo el documento, el otro hace creer que se subsana la falta pagando la multa. Como no es de pensar que ambas penas sean acumulables y en la práctica han de preferirse las soluciones que con menos perjuicios ofrezcan iguales resultados, nosotros creemos que la supuesta nulidad es relativa, no absoluta, que el contrato seria valido, sujetándose los interesados á sufrir la pena.

Todavía peor que las dificultades eran las consecuencias que autorizaban. Las anteriores declaraciones hacian suponer la absorcion del registro por el impuesto, absorcion casi demostrada por el régimen que con arreglo á la circular de 28 de Agosto debia tener esta dependencia del Estado.

El legislador deseando evitar estos conflictos ha empezado por devolver al oficio de hipotecas su primitivo carácter. Declara con este objeto que los registros han de estar bajo la

dependencia esclusiva del ministerio de Gracia y Justicia, y bajo la inspeccion de la autoridad judicial, única á quien compete decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que á derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo á nuestra legislacion política, estar subordinado á las autoridades del órden administrativo. Y no se crea, dice oportunamente la comision, que por ello salgan perjudicados los intereses del Erario y defraudados los impuestos que sobre la comunicacion ó trasmision de la propiedad y los demás derechos en las cosas inmuebles establecen ahora ó en adelante establezcan las leyes: en tanto podrán hacerse inscripciones en los registros en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripcion. Los registros vendrán de este modo á auxiliar la accion fiscal, pero sin ser absorbidos por ella.

Declarado este estremo, faltaba solo apreciar la estension que debe darse á los efectos de la falta de inscripcion de los derechos reales en el registro. Los que quieren que este sea un verdadero censo de la propiedad inmueble opinan que no deben limitarse á los terceros interesados sino comprender tambien en su rigor á los mismos contrayentes. Pero los ilustrados redactores de la ley, sin negar que los registros de la propiedad y de las hipotecas pueden y deben venir al auxilio de la administracion, han creido que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto á fraudulentos engaños. La ley no contiene la pena de nulidad de los contratos relativos á la traslacion de la propiedad y á sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestion es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por D. Cárlos y doña Juana y seguido por D. Felipe II, D. Felipe V y por D. Cárlos III, de que la falta de inscripcion solo puede alegarse por los perjudicados que no han

sido parte en el contrato que dejó de inscribirse (*Esposicion de motivos*).

Nada mas nos es permitido decir acerca de la ley Hipotecaria, pues su misma importancia nos cierra la puerta para hacer su exámen. Las hipotecas no son hoy materia de un simple capítulo. Solo con reparar las páginas de este libro, se comprenderá, que aun siendo esta la ocasion, nos faltaria ya tiempo para estudiar una reforma enlazada con los puntos capitales del derecho y que es mas bien que una ley un código.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

APÉNDICE AL TOMO PRIMERO.

Insertamos á continuacion la ley de 20 de Junio de 1862, relativa al consentimiento que necesitan los menores para contraer matrimonio, ley que no pudimos analizar por haberse promulgado cuando dicho primer tomo habia visto la luz pública.

Artículo 1.° *El hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.*

Art. 2.° *En el caso del anterior artículo, si falta el padre ó se halla impedido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre, y sucesivamente en iguales circunstancias al abuelo paterno y al materno.*

Art. 3.° *A falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente. Se considerará inhábil al curador para prestar el consentimiento cuando el matrimonio proyectado lo fuese con pariente suyo dentro del cuarto grado civil. Tanto el curador como el juez, procederán en union con los parientes mas próximos, y cesará la necesidad de obtener su consentimiento si los que deseen contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años.*

Art. 4.° *La junta de parientes de que habla el artículo anterior se compondrá:*

1.° *De los ascendientes del menor.*

2.° *De sus hermanos mayores de edad, y de los maridos de las hermanas de igual condicion, viviendo éstas. A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cua-*

tro vocales con los parientes mas allegados, varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos lineas, comenzando por la del padre. En igualdad de grado, serán preferidos los parientes de mas edad. El curador, aun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta.

Art. 5.° *La asistencia de la junta de parientes será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huérfano ó en otro pueblo que no diste mas de seis leguas del punto en que haya de celebrarse la misma; y su falta, cuando no tenga causa legitima, será castigada con una multa que no escederá de 10 duros. Los parientes que residan fuera de dicho rádio, pero dentro de la Peninsula é islas adyácentes, serán tambien citados, aunque les podrá servir de justa escusa la distancia. En todo caso formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferentes, aunque no citado, que espontáneamente concurra.*

Art. 6.° *A falta de parientes, se completará la junta con vecinos honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.*

Art. 7.° *La reunion se efectuará dentro de un término breve, que se fijará en proporcion á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar mas que á uno solo.*

Art. 8.° *La junta de parientes será convocada y presidida por el juez de primera instancia del domicilio del huérfano cuando le toque por la ley prestar el consentimiento: en los demás casos lo será por el juez de paz. Dichos jueces calificarán las escusas de los parientes; impondrán las multas de que habla el art. 4.°, y elegirán los vecinos honrados llamados por el artículo 6.°*

Art. 9.° *Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó esclusion de algun pariente, se resolverán en acto prévio y sin apelacion por la misma junta, en ausencia de las personas interesadas. Solo podrá solicitar la admision el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia. Las recusaciones de*

los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con espresion del motivo. Cuando de la resolucion de la junta resulte la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el dia en que deba celebrarse.

Art. 10. *El curador deberá asistir á la junta, y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes respecto á la ventaja ó inconvenientes del enlace proyectado; pero votará con separacion, lo mismo que el juez de primera instancia en su caso. Cuando el voto del curador ó del juez de primera instancia no concuerde con el de la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Si resultare empate en la junta presidida por el juez de primera instancia, dirimirá este la discordia. En la presidida por el juez de paz dirimirá la discordia el pariente mas inmediato; y si hubiere dos en igual grado, ó cuando la junta se componga solo de vecinos, el de mayor edad.*

Art. 11. *Las deliberaciones de la junta de parientes serán absolutamente secretas. El escribano y secretario del juzgado intervendrá solo en las votaciones y estension del acta, la cual deberán firmar todos los concurrentes, y contendrá únicamente la constitucion de la junta, y las resoluciones y voto de la misma, y los del curador ó juez en sus casos respectivos.*

Art. 12. *Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos: tampoco de la intervencion de los parientes cuando el curador ó el juez sean llamados á darles el permiso.*

Art. 13. *Los demás hijos ilegítimos solo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre: á falta de ésta el del curador si lo hubiese; y por último el del juez de primera instancia. En ningun caso se convocará á los parientes. Los jefes de las casas de espósitos serán considerados para los efectos de esta ley como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas.*

Art. 14. *Las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan espresar las razones en que se funden para rehusarlo, y contra su disenso no se dará recurso alguno.*

Art. 15. *Los hijos legítimos mayores de 23 años, y las hijas mayores de 20, pedirán consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos, por el órden prefijado en los arts. 1.° y 2.° Si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que le pidieron. La peticion del consejo se acreditará por declaracion del que hubiere de prestarlo ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez de paz, prévio requerimiento y en comparecencia personal. Los hijos que contraviniesen á las disposiciones del presente artículo incurrirán en la pena marcada en el 438 del Código penal, y el párroco que autorizare tal matrimonio en la de arresto menor.*

Art. 16. *Quedan derogadas todas las leyes contrarias á las disposiciones contenidas en la presente.*

FIN DEL APÉNDICE AL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE

DEL TOMO SEGUNDO.

LIBRO SEGUNDO.

Páginas.







